Gesetzesauslegung im Arbeitsrecht,

beispielhaft dargestellt anhand der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts zur Lohn- und Gehaltsfortzahlung im Krankheitsfall

Dissertation

zur Erlangung des Doktorgrades
der Juristischen Fakultät
der Georg - August - Universität zu Göttingen

vorgelegt von

Peter Westermann
aus Bremen

Göttingen 1964

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41544314_0002

Gesetzesauslegung im Arbeitsrecht,

beispielhaft dargestellt anhand der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts zur Lohn- und Gehaltsfortzahlung im Krankheitsfall

Dissertation

zur Erlangung des Doktorgrades
der Juristischen Fakultät
der Georg - August - Universität zu Göttingen

vorgelegt von

Peter Westermann

aus Bremen

Göttingen 1964

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Berichterstatter: Prof. Dr. Gamillscheg
Mitberichterstatter: Prof. Dr. Galperin

Tag der mündlichen Prüfung: 22. Februar 1964

Druck und Einband:
Rudolf Stehle, Düsseldorf, Klosterstr. 114
Tel.: 35 03 73

Gliederung.

	Seite
Vorbemerkung	1
1. Abschnitt: Allgemeine Auslegungsgrundsätze und -probleme.	1
I. Die Besonderheiten juristischer Auslegung.	1
II. Die Notwendigkeit der Auslegung.	2
III. Gegenstand und Ziel der Auslegung.	4
1) Objektive und subjektive Theorie.	4
2) Mängel der subjektiven Theorie	5
3) Mängel der objektiven Theorie.	6
4) Zur Notwendigkeit eines Mittelweges.	7
IV. Die Gesetzesauslegung im engeren Sinne.	11
1) Die einzelnen Auslegungskriterien.	11
a) Der Wortsinn.	11
b) Die Auslegung aus dem Bedeutungszusammenhang und der Systematik des Gesetzes.	13
c) Die Entstehungsgeschichte des Gesetzes.	15
d) Die teleologische Auslegung.	16
2) Die Auslegung von Generalklauseln und "Lockerungsbegriffen".	18
3) Die verfassungskonforme Auslegung.	19
V. Von der Auslegung i.e.S. zur offenen Rechtsfortbildung.	20
1) Die Ergänzung von Gesetzeslücken.	20
a) Die Ausfüllung "offener" Lücken.	21
aa) Die Analogie.	21
bb) Das argumentum e contrario.	21
cc) Das argumentum a maiore ad minus.	22
b) Die Ausfüllung "verdeckter" Lücken durch teleologische Reduktion.	22
c) Kollisionslücken.	22
2) Die Gesetzesberichtigung.	23
a) Gründe zur Gesetzesberichtigung.	23
aa) Das Verkehrsbedürfnis.	23
bb) Die Natur der Sache.	24
cc) Rechtsethische Prinzipien.	25

Seite

b) Grenze zwischen Lückenausfüllung und Gesetzesberichtigung. 26

c) Die Zulässigkeit der Gesetzesberichtigung. 27

d) Die Grenzen der Rechtsfortbildung contra legem. 30

2. Abschnitt.

Die Gesetzesauslegung durch das BAG auf dem Gebiet der Lohn- und Gehaltsfortzahlung im Krankheitsfall. 32

A. Einleitung.

I. Der Nachvollzug der Auslegung als praktisches Problem. 32

II. Die geltenden Gesetzesnormen zur Lohn- und Gehaltsfortzahlung. 32

B. Einzelprobleme anhand von BAG-Entscheidungen. 33

I. Zur Auslegung des § 616 Abs.I BGB. Umfang des Anspruchs auf Fortzahlung der Vergütung. 33

1) Das Urteil des II. Senats vom 24.2.1955. - Kritik an der Auslegungsmethode. 33

a) Die Rechtslage bis zum Erlaß der NotVOen vom 26.7.30 und 5.6.31. 36

aa) Die wörtliche Auslegung. 36

bb) Die systematische und historische Auslegung. 38

cc) Die teleologische Auslegung. 39

dd) Die Stellungnahme des früheren RAG. 40

b) Die Rechtslage für Angestellte nach Erlaß der genannten Not-VOen. 41

aa) Änderung der systematischen Stellung des § 616 BGB ? 42

bb) Möglichkeit einer offenen Rechtsfortbildung ? 42

cc) Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung (Gleichbehandlungsgrundsatz) ? 44

c) Die Rechtslage für alle Arbeitnehmer unter Berücksichtigung der Fürsorgepflicht. 46

aa) Abgrenzung zwischen Lückenausfüllung und Gesetzesberichtigung 46

Seite

bb) Die Fürsorgepflicht als Auslegungskriterium. 52

cc) Fürsorgepflicht und Gesetzesberichtigung. 56

dd) Voraussetzungen einer Gesetzesberichtigung. 61

ee) Soziales Schutzprinzip und Sozialstaat. 68

2) Stellungnahmen im Schrifttum zu der Entscheidung des II. Senats. 72

3) Die Entscheidung des Großen Senats vom 16.12.1959. 75

a) Die allgemeine Rechtslage bis zum Erlaß der Not-VOen vom 5.6.1931 und vom 26.7.1930. 76

b) Der Einfluß der Not-VOen auf die Auslegung des § 616 BGB für Angestellte. 78

c) Methodischer Weg der Entscheidung. Restriktive Interpretation des § 616 BGB hinsichtlich der Angestellten. 82

d) Zum Gleichbehandlungsgrundsatz. 84

4) Zusammenfassung 86

a) Zur Reihenfolge der methodischen Schritte bei der Interpretation von BGB-Vorschriften im Arbeitsrecht. 86

b) Zum Problem der Rangordnung unter den einzelnen Auslegungskriterien. 88

II. Das Gesetz zur Verbesserung der wirtschaftlichen Sicherung der Arbeiter im Krankheitsfall (ArbKrankhG). Entstehungsgeschichte und wesentlicher Inhalt der Neuregelung. 89

III. Die Auslegung des Begriffs "Arbeitsunfähigkeit in § 1 Abs.I, S.1 ArbKrankhG. 92

1) Die Auslegung des vergleichbaren Begriffs "Dienstverhinderung" in den §§ 63 HGB und 133 c GewO. 94

a) Die extensive Auslegung in der Rechtsprechung. 94

b) Erfordernis einer teleologisch begründeten engeren Auslegung. 96

2) Wortinterpretation des Begriffs "Arbeitsunfähigkeit". 99

Seite

3) Die systematische Auslegung. 100

4) Die teleologische Auslegung. 102

5) Die Begriffe "Dienstverhinderung" und "Arbeitsunfähigkeit" decken sich im Ergebnis. 104

6) Besonderheiten im Falle des § 1239 RVO. 105

IV. Das Verhältnis des ArbKrankhG zu § 616 Abs.I BGB und zu älteren tarifvertraglichen Regelungen. 107

1) Die Entscheidung des I. Senats vom 17.4.1959. 107

a) Die Problematik. 111

b) Zum Verhältnis des ArbKrankhG zu § 616 Abs.I BGB. 112

aa) Das ArbKrankhG als lex specialis gegenüber § 616 Abs.I BGB. 112

bb) Die systematische und teleologische Auslegung. 113

cc) Die verschiedenen Standpunkte und Argumentationen im Schrifttum. 115

c) Zum Verhältnis des ArbKrankhG zu älteren Tarifverträgen. - Die Ausgestaltung des Günstigkeitsprinzips. 119

aa) Die in Rechtsprechung und Schrifttum herrschende Ansicht. 119

bb) Wörtliche Auslegung des § 6 ArbKrankhG. 122

cc) Auf den Einzelfall bezogene Auslegung bei Kollektivregelungen ? 123

dd) Zur Praktikabilität einer generalisierenden Vergleichsmethode. 130

ee) Der Günstigkeitsvergleich Kollektivregelung - Einzelarbeitsvertrag. 133

ff) Zusammenfassung. 133

2) Die Entscheidung des Großen Senats vom 17.12.1959. 134

a) Zum Verhältnis des ArbKrankhG zu § 616 Abs.I BGB. 142

aa) Die grammatische Auslegung des § 11 Abs.II ArbKrankhG. 142

bb) Die systematische Auslegung. - Abdingbarkeit des § 616 Abs.I BGB; unabdingbare Mindestordnung des ArbKrankhG. 143

Seite

cc) Keine Anwendung des Günstigkeitsprinzips bei der Konkurrenz gleichrangiger Normen. 145

dd) Teleologische Auslegung. - Zweck der Wartefrist des § 1 Abs.II ArbKrankhG. 146

ee) Zum argumentum e contrario aus § 7 ArbKrankhG. 151

ff) Zum kodifikatorischen Charakter des ArbKrankhG. 153

gg) Die systematische und funktionelle Stellung des § 616 Abs.I BGB und des ArbKrankhG. 156

hh) Die Entstehungsgeschichte des ArbKrankhG. 159

ii) Die Prinzipien und Wertgedanken der Rechtsordnung, insbesondere der Friedenszweck. 161

jj) Zusammenfassung. 164

b) Zum Verhältnis des ArbKrankhG zu älteren Tarifverträgen. 166

aa) Der Begriff "Abdingung" in § 6 ArbKrankhG. 166

bb) Wortinterpretation der §§ 6 und 11 Abs.II ArbKrankhG. 167

cc) Ordnungsprinzip und Günstigkeitsprinzip. 169

dd) Das Argument des Wegfalls der Geschäftsgrundlage. 175

3. Abschnitt.

Zusammenfassung und Ausblick.

A. Die Rangfolge unter den Auslegungskriterien. - Möglichkeit einer allgemeinen Auslegungsmethode ? 179

I. Zur Begrenztheit sprachlicher Ausdrucksformen. 180

II. Problemdenken und Auslegungsmethode. 180

B. Rechtfertigung einer mehrstufigen Interpretationsmethode. 184

I. Die Drei-Stufen-Lehre ZIMMERMANNs und BENDERs. 185

II. Eigene Ansicht. 186

C. Problemerkenntnis und Rechtsgefühl. 188

D. Die Besonderheiten bei der Auslegung arbeitsrechtlicher Normen. 190

Schrifttumsverzeichnis.

I. Kommentare und Gesetzesmaterialien

Bonner Kommentar. Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Loseblattsammlung, Hamburg.

Dersch, Die Urlaubsgesetze, Kommentar, München und Berlin 1954.

Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Erste Lesung. Ausgearbeitet durch die von dem Bundesrathe berufene Kommission. Amtliche Ausgabe, Berlin und Leipzig 1888.

Erman, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Auflage, Münster 1958.

Goldschmidt, Tarifvertragsrecht, Loseblattkommentar. Frankfurt/Main 1949.

Gotzen-Doetsch, Gesetz zur Verbesserung der wirtschaftlichen Sicherung der Arbeiter im Krankheitsfall, Kommentar. Neuwied und Berlin 1961.

Hueck-Nipperdey-Dietz, Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit und Gesetz zur Ordnung der Arbeit in öffentlichen Verwaltungen und Betrieben mit der Verordnung über die Lohngestaltung und der Kriegswirtschaftsverordnung (Kriegslöhne). Kommentar. 4. Auflage, München und Berlin 1943.

Hueck-Nipperdey-Tophoven, Tarifvertragsgesetz mit Durchführungs- und Nebenvorschriften, Kommentar. 3. Auflage, München und Berlin 1955.

Landmann-Rohmer, Gewerbeordnung, Kommentar. Neubearbeitet von Eyermann und Fröhler. II. Band. 11. Auflage, München und Berlin 1956.

v. Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, Kommentar. 2. Auflage, Berlin und Frankfurt/Main 1957.

Maunz-Dürig, Grundgesetz, Kommentar (Loseblattsammlung). München und Berlin 1961.

Monjau-Heimeier, Tarifvertragsgesetz nebst Durchführungsverordnung, Kommentar. Düsseldorf-Gerresheim 1950.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Band II, Recht der Schuldverhältnisse. Amtliche Ausgabe, Berlin und Leipzig 1888.

Palandt, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 19. Auflage, München und Berlin 1960.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Band II, Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1898.

Schellong, Das Gesetz zur Verbesserung der wirtschaftlichen Sicherung der Arbeiter im Krankheitsfall. Kommentar (Loseblattsammlung), Frankfurt/Main, Stand 1961.

Schlegelberger, Handelsgesetzbuch, Kommentar. Band I. 3. überarbeitete und ergänzte Auflage, Berlin und Frankfurt/Main 1955.

Schmatz-Fischwasser, Das Gesetz zur Verbesserung der wirtschaftlichen Sicherung der Arbeiter im Krankheitsfall, Kommentar. 4. neubearbeitete Auflage, Berlin 1961.

- 3. überarbeitete und erweiterte Auflage, Berlin 1959.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen.

II. Band, Recht der Schuldverhältnisse.
Teil 1 b (§ 242), erläutert von W. Weber. 11. Auflage Berlin 1961.

Teil 3 (§§ 611 bis 704), erläutert von Nipperdey-Mohnen-Neumann-Riedel. 11. Auflage, Berlin 1958.

Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 2. Wahlperiode 1953. Stenographische Berichte Band 27, 108. bis 121. Sitzung. Bonn 1955.

Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 2. Wahlperiode 1953. Stenographische Berichte Band 37, 210. bis 216. Sitzung. Bonn 1957.

Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 3. Wahlperiode 1957. Anlagen zu den stenographischen Berichten. Band 66, Drucksachen 1581 bis 1730. Bonn 1960.

II. Lehrbücher und systematische Darstellungen.

Bierling, Juristische Prinzipienlehre, 4. Band. Freiburg/Br. 1911.

Einding, Handbuch des Strafrechts, I. Band. Leipzig 1885.

Bobrowski-Gaul, Das Arbeitsverhältnis im Betrieb von der Einstellung bis zur Entlassung. 4. Auflage. Heidelberg 1962.

Boehmer, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung. 2. Buch, 1. Abteilung: Dogmengeschichtliche Grundlagen des bürgerlichen Rechts. Tübingen 1951.

2. Buch, 2. Abteilung: Praxis der richterlichen Rechtsschöpfung. Tübingen 1952.

Brackmann, Handbuch der Sozialversicherung, Band II und III, Loseblattkommentar. Bad Godesberg.

Engisch, Einführung in das juristische Denken, 2. Auflage, Stuttgart 1959.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.
Band I: Allgemeiner Teil, bearbeitet von Nipperdey. 15., neubearbeitete Auflage. Tübingen 1959.

1. Halbband: Allgemeine Lehren, Personen, Rechtsobjekte.

Band II: Recht der Schuldverhältnisse, bearbeitet von H. Lehmann. 14. Bearbeitung, Tübingen 1954.

Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1956.

Esser, Schuldrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil. 2. Auflage, Karlsruhe 1960.

Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Band I. Tübingen und Göttingen 1956.

Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts. 1. Band von Alfred Hueck. 6., völlig neu bearbeitete Auflage, Berlin und Frankfurt/Main 1959.

2. Band von H.C. Nipperdey. 5. Auflage, Berlin und Frankfurt 1957.

- 1. Auflage, Mannheim, Berlin, Leipzig 1928.

Jacobi, Grundlehren des Arbeitsrechts, Leipzig 1927.

Kaskel, Arbeitsrecht. 2. Auflage, Berlin 1925.

Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht, 5. Auflage. Berlin, Göttingen, Heidelberg 1957.

Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Band I. Berlin 1906.

Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin 1960.

Lent, Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozeß, I. Band. Leipzig 1912.

Maus, Handbuch des Arbeitsrechts (Systematische Erläuterungen des deutschen Arbeitsrechts). Loseblattsammlung, Baden-Baden.

Nawiasky, Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe. 2. Auflage, Einsiedeln 1948.

Nikisch, Arbeitsrecht.
I. Band: Allgemeine Lehren und Arbeitsvertragsrecht. 3., erweiterte und völlig neubearbeitete Auflage. Tübingen 1961.

II. Band: Koalitionsrecht, Arbeitskampfrecht und Tarifvertragsrecht. 2. Auflage, Tübingen 1959.

Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft. 9., durchgearbeitete Auflage. Nach dem Tode des Verf. besorgt von Konrad Zweigert. Stuttgart 1952.

- Rechtsphilosophie. 4. Auflage, Stuttgart 1950. 5. Auflage, besorgt von Erik Wolf. Stuttgart 1956.

- Vorschule der Rechtsphilosophie, Nachschrift einer Vorlesung. Heidelberg 1947.

Riezler, Das Rechtsgefühl. Rechtspsychologische Betrachtungen. München 1946.

Sauer, Juristische Methodenlehre. Stuttgart 1940.

Schelp-Trieschmann, Das Arbeitsverhältnis im Krankheitsfalle, Handbuch. Köln, Bonn, Berlin 1958.

Schnorr von Carolsfeld, Arbeitsrecht. 2. Auflage, Göttingen 1954.

Stammler, Lehrbuch der Rechtsphilosophie. 3., verm. Auflage, Berlin und Leipzig 1928.

- Theorie der Rechtswissenschaft, Halle 1911.

III. Monographische Darstellungen und Aufsätze.

Arndt, Gesetzesrecht und Richterrecht. NJW 1963, S.1273.

Bender, Inhalt und Grenzen des Gebots der verfassungskonformen Auslegung. MDR 1959, S.441.

- Zur Methode der Rechtsfindung bei der Auslegung und Fortbildung gesetzten Rechts. JZ 1957, S.593.

Betti, Ergänzende Rechtsfortbildung als Aufgabe der richterlichen Gesetzesauslegung. Festschrift für Leo Raape S.379. Hamburg 1948.

- Zur Grundlegung einer allgemeinen Auslegungslehre. Festschrift für Ernst Rabel S.79. Tübingen 1954.

Brecher, Scheinbegründungen und Methodenehrlichkeit im Zivilrecht. Festschrift für Nikisch S.227. Tübingen 1958.

Coing, Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik. Köln und Opladen 1959 (Heft 84 der Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen).

- System, Geschichte und Interesse in der Privatrechtswissenschaft. JZ 1951, S.481.

- Über einen Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung (Besprechung der Monographie "Topik und Jurisprudenz" von Viehweg). Archiv für Rechts- und Staatsphilosophie 1955, S.436.

Crone, Tarifvertrag und vortarifliche abweichende Abmachungen. RdA 1953, S.212.

Dersch, Die Berechnung des Arbeitgeberzuschusses zum Krankengeld nach dem Gesetz vom 26.6.1957. Betrieb 1958, S.516.

- Entwicklungslinien der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers im Arbeitsrecht. RdA 1949, S.325.

- Die neuere Entwicklung der Fürsorgepflicht im Arbeitsverhältnis. Festschrift für Herschel S.71. München und Berlin 1955.

- Wechselwirkungen zwischen Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht auf dem Gebiet der Leistungen. RdA 1952, S.53.

Debus, Wandlungen in der Auslegung des § 616 BGB. AuR 1959, S.129.

Denecke, Abändernde Gesetzesauslegung im Arbeitsrecht ? RdA 1953, S.412.

- Krankheit im Arbeitsverhältnis. BB 1951, S.58.

Diekhoff, Umstrittene Fragen aus dem Gesetz zur Verbesserung der wirtschaftlichen Sicherung der Arbeiter im Krankheitsfalle. AuR 1957, S.297.

Engisch, Die Einheit der Rechtsordnung, Heidelberg 1935.

- Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit. Heidelberg 1953.

Evers, Der Richter und das unsittliche Gesetz. Berlin 1956.

Farthmann, Der "personenrechtliche Charakter" des Arbeitsverhältnisses. RdA 1960, S.5 ff.

Fechner, Freiheit und Zwang im sozialen Rechtsstaat (Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart Band 174). Tübingen 1953.

- Sozialer Rechtsstaat und Arbeitsrecht. RdA 1955, S.161.

Forsthoff, Die Bindung an Gesetz und Recht (Art.20 Abs.III GG). DÖV 1959, S.41.

Frey, Anspruchsuntergang durch Wegfall der Geschäftsgrundlage. AuR 1956, S.193.

- Konkurrenz zwischen Gesetz und Tarifvertrag bei der Zuschußzahlung zum Krankengeld. BB 1957, S.753.

Gamillscheg, Mutterschutz und Sozialstaat. Festschrift für Molitor S.57 ff. München und Berlin 1962.

Gramm, Tarifkonkurrenz. Arb.-R.-Blattei unter "Tarifvertrag" XII.

v. Gierke, Otto, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht. 1899.

Gros, Krankheit des Arbeitnehmers. Arb.-R.-Blattei unter "Krankheit des Arbeitnehmers".

Gumpert, Geht der Verbandstarif dem Firmentarif vor ? BB 1953, S.115.

Habner, Konkurrenz zwischen ArbKrankhG und Tarifvertrag. BB 1960, S.944.

Hartmann, Nicolai, Diesseits von Idealismus und Realismus. Kant-Studien Band 29 (1924) S.160.

Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz. Tübingen 1932.

- Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz. AcP Bd.112, S.1 ff.

- Das Problem der Rechtsgewinnung. 2. Auflage. Tübingen 1932.

Heimeier, Krankheit und Arbeitsverhältnis. Rechte und Pflichten des Arbeitgebers bei Krankheit eines Arbeitnehmers. Betrieb 1953, Beilage Nr.2 zu Heft 4.

Herschel, Die Krankheit des Arbeitnehmers. NWB Fach 26, S.359.

Hessel, Gesetz zur Verbesserung der wirtschaftlichen Sicherung der Arbeiter im Krankheitsfall. BB 1957, S.681.

- Krankheit im Arbeitsverhältnis. 2. Auflage 1957.

Hiersemann, Normenkonkurrenz bei der Zuschußzahlung zum Krankengeld. RdA 1958, S.210.

Hildebrandt, Rechtsfindung im neuen deutschen Staate. Ein Beitrag zur Rezeption und den Rechtsquellen, zur Auslegung und Ergänzung des Gesetzes. Berlin und Leipzig 1935.

Höhne, Betrieblicher Krankengeldzuschuß. Sonderveröffentlichung des Betriebsberaters. Heidelberg 1958.

Hueck, Alfred, Fortzahlung des Lohnes bei Erkrankung. RdA 1955, S.291.

- Der Treugedanke im modernen Privatrecht. München 1947.

Hueck, Götz, Die Betriebsvereinbarung. Münster und Köln 1952.

Isay, Rechtsnorm und Entscheidung. Berlin 1929.

Isele, Helmut Georg, Zum Lohnfortzahlungsanspruch des Arbeitnehmers nach § 616 BGB. - BAGE Bd.8, S.314. JuS 1961, S.87.

Jagusch, Rechtsnorm und Normsituation. SJZ 1947, S.295.

Joachim, Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Arbeiterkrankheitsgesetz. BB 1961, S.219.

Kossow, Krankengeldzuschuß bei Heilverfahren aus der gesetzlichen Rentenversicherung. BB 1960, S.740.

Larenz, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung. 2. Auflage, München und Berlin 1957.

- Wegweiser zu richterlicher Rechtsschöpfung. - Eine rechtsmethodologische Untersuchung. Festschrift für Nikisch, S.275 ff. Tübingen 1958.

Liver, Der Wille des Gesetzes (Rektoratsrede). Bern 1954.

Maurer, Arbeitsbehinderung für "verhältnismäßig unerhebliche Zeit". AuR 1955, S.214.

Mavridis, Vor- und Nachwirkungen der Fürsorgepflicht. AuR 1957, S.225.

Mayer-Maly, Arbeitsrecht und Privatrechtsordnung. JZ 1961, S.205.

Meier-Hayoz, Die Bedeutung der Gesetzesmaterialien für die Gesetzesanwendung. Schweiz. Juristenzeitung Jahrgang 48 (1952), S.213 ff., 229 ff.

Menger, Anton, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen. Tübingen 1890.

Menger, Christian Friedrich, Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im Bonner Grundgesetz (Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Band 173). Tübingen 1953.

Michel, Die verfassungskonforme Auslegung. JuS 1961, S.274.

Molitor, Das deutsche Arbeitsrecht und die Privatrechtswissenschaft. RdA 1948, S.44.

- Weiterzahlung des Arbeitsentgelts bei Heilverfahren. BB 1959, S.921.

- Nochmals: Weiterzahlung des Arbeitsentgelts bei Heilverfahren. BB 1961, S.180.

Monjau, Zulagen, übertarifliche Bezahlung und Tariflohnerhöhung. Betrieb 1953, S.253.

Müller, Gerhard, Der Gedanke des sozialen Staates in der bisherigen Rechtsprechung des BAG. Betrieb 1956, S.524, 549.

Neumann-Duesberg, Wirkungsgrenzen der Betriebsordnung und Betriebsvereinbarung. RdA 1949, S.48.

Nikisch, Die Eingliederung in ihrer Bedeutung für das Arbeitsrecht, RdA 1960, S.1.

Nipperdey, Mindestbedingungen und günstigere Arbeitsbedingungen nach dem Arbeitsordnungsgesetz. Festschrift für Lehmann S.257. München und Berlin 1937.

Oehmann, Mit dem Anspruch auf Krankengeldzuschuß konkurrierende Lohnansprüche. Betrieb 1959, S.860.

Peters, Ein Beitrag zum Begriff der Krankheit. Festschrift für Bogs S.293. Berlin 1957.

Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht. SJZ 1946, S.105.

Radloff, Wesen und Methode der Rechtsprechung. JW 1934, S.69.

Reichel, Gesetz und Richterspruch. Zur Orientierung über Rechtsquellen und Rechtsanwendungslehre der Gegenwart. Zürich 1915.

Reinicke, G. und D., Die Auslegungsgrundsätze des Bundesarbeitsgerichts. NJW 1955, S.1380 ff., 1662 ff.

- Die Bindung des Richters an veraltete Gesetze. MDR 1957, S.193 ff.

Rewolle, Grenzen der Fürsorgepflicht. RdA 1954, S.258.

Riedel, Das Verhältnis zwischen gesetzlichen und sonstigen Urlaubsregelungen. BB 1952, S.666.

Schediwy, Die Zuschußzahlung zum Krankengeld im Krankheitsfall von Arbeitern im Hinblick auf die Bestimmung des § 616 BGB und auf tarifliche und betriebliche Regelungen. RdA 1958, S.51.

Schelp, Verbesserung der wirtschaftlichen Lage des Arbeiters im Krankheitsfalle. RdA 1957, S.245.

Schelp und Herbst, Die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall. Eine Betrachtung des gegenwärtigen Rechtszustandes im Hinblick auf die derzeitigen Reformbestrebungen. BArbBl. 1956, S.67 ff.

Schimana, Lohnfortzahlung bei Arbeitsverhinderung des Arbeitnehmers. AuR 1956, S.321.

Schlessmann, Grenzen betrieblicher Fürsorge. Betrieb 1952, S.470.

- Günstigkeitsvergleich beim Arbeiterkrankheitsgesetz ? Betrieb 1958, S.109.

Schmidt, Eberhard, Sind Steuervergehen von der Amnestie ausgeschlossen ? MDR 1950, S.624.

Schmidt, Gerhard, Einfluß eines Tarifvertragsabschlusses auf bestehende günstigere Abmachungen. RdA 1950, S.336.

Schmidt, Karl Heinrich, Die vierwöchige Wartefrist nach dem Arbeiter-Sicherungsgesetz. AuR 1958, S.110.

Schmidt, Der Einfluß eines Tarifvertragsabschlusses auf bestehende günstigere Abmachungen. RdA 1950, S.336; 1952, S.305.

Schwinge, Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht. Ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre. Bonn 1930.

Seibertz, Zur Frage der Günstigkeit im Tarifrecht. BB 1950, S.651.

Siebert, Einige Entwicklungslinien im neueren Individualarbeitsrecht. RdA 1958, S.366.

- Kollektivnorm und Individualrecht im Arbeitsverhältnis. Festschrift für Nipperdey S.119. München und Berlin 1935.

- Die Methode der Gesetzesauslegung. Erläutert an § 34 des niedersächsischen Arbeitsschutzgesetzes für Jugendliche. - Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von regelmäßiger Arbeitszeit und Mehrarbeit. Heidelberg 1958.

Stern, Gesetzesauslegung und Auslegungsgrundsätze des Bundesverfassungsgerichts. Diss. München 1956.

- Interpretation - eine existenzielle Aufgabe der Jurisprudenz. NJW 1958, S.695.

Stoll, Rechtsstaatsidee und Privatrechtslehre. IhJahrb. Bd.26 (1926), S.134.

Stratenwerth, Das rechtstheoretische Problem der Natur der Sache. Tübingen 1957.

Teichmann, Die Gesetzesumgehung. Göttingen 1962.

Thöl, Einleitung in das deutsche Privatrecht. Göttingen 1851.

Trieschmann, Lohnzahlung bei Dienstleistungsverhinderung des Arbeitnehmers im Falle des § 616 BGB. Betrieb 1955, S.800.

Viehweg, Topik und Jurisprudenz. München und Berlin 1953.

Weinkauff, Richtertum und Rechtsfindung in Deutschland. Tübingen 1952.

Weinsheimer, Auslegung von Ausnahmevorschriften und Vorschriften mit "eindeutigem" Wortlaut. NJW 1959, S.566.

Wenzel, Die Problematik der richterlichen Ausfüllung von Gesetzeslücken (dargestellt anhand von Beispielen aus der Rechtsprechung des BAG). JZ 1960, S.713.

Wieacker, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB. Tübingen 1956.

- Gesetzesrecht und richterliche Kunstregel (Besprechung von Essers Buch "Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts". JZ 1957, S.701.

- Gesetz und Richterkunst (Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 34). Karlsruhe 1958.

Wiggert, Günstigkeitsprinzip und Günstigkeitsvergleich bei Normenkollision im Urlaubsrecht. AuR 1958, S.50.

Wlotzke, Das Günstigkeitsprinzip im Verhältnis des Tarifvertrages zum Einzelarbeitsvertrag und zur Betriebsvereinbarung. Heidelberg 1957.

Wüstendörfer, Die deutsche Rechtsprechung am Wendepunkt. Versuch einer positiven Methode soziologischer Rechtsfindung. AcP Bd.110 (1913), S.219.

Zimmermann, Willenserklärung und Gesetz. NJW 1951, S.948.

- Der Wortlaut des Gesetzes im Spiegel höchstrichterlicher Rechtsprechung. NJW 1956, S.1262.
- Struktur- und Einzelfragen der Gesetzesauslegung im Spiegel der Entwicklung höchstrichterlicher Rechtsprechung. Goltd. Archiv 1955, S.336.
- Die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Anpassung der Gesetze an die veränderten wirtschaftlichen Verhältnisse. NJW 1953, S.484.
- Die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Berichtigung der Gesetze. NJW 1952, S.959.
- Mehrstufige Rechtsfindung als Verbindung von subjektiver und objektiver Auslegungsmethode. NJW 1954, S.1628.
- Entscheidungen gegen das Gesetz ? JR 1951, S.131.

Zitelmann, Lücken im Recht. Leipzig 1903.

IV. Entscheidungsanmerkungen.

Dietz, Anm. zu LAG Bremen in RdA 1949, S.272.

Gotzen, Anm. zu BAG vom 18.12.1958 - 2 AZR 166/58 - SAE 1959, S.103.

- Anm. zu BAG vom 24.2.1961 - 1 AZR 165/59 - SAE 1961, bei Nr.99.
- Anm. zu BAG vom 17.3.1961 - 1 AZR 288/59 - SAE 1961 bei Nr.100.

Hilger, Anm. zu BAG vom 18.12.1958 - 2 AZR 166/58 - AP Nr.11 zu § 1 ArbKrankhG.

Hueck, Alfred, Anm. zu RAG in ARS Bd.6, S.590.

- Anm. zu LAG Kassel in ARS Bd.2, S.95.
- Anm. zu LAG Heidelberg in RdA 1950, S.32.

Hueck, Alfred, Anm. zu LAG Mannheim in Betrieb 1951, S.568.

- Anm. zu BAG vom 17.12.1959 - GS 2/59 - AP Nr. 21 zu § 616 BGB.

- Anm. zu BAG vom 25.4.1960 - 1 AZR 16/58 - AP Nr.23 zu § 616 BGB.

- Anm. zu BAG vom 17.3.1961 - 1 AZR 288/59 - AP Nr.23 zu § 63 HGB.

- Anm. zu BAG vom 3.11.1961 - 1 AZR 383/1960 - AP Nr.1 zu § 78 SeemannsG.

Hueck, Götz, Anm. zu BAG vom 6.12.1956 - 2 AZR 192/56 - AP Nr.8 zu § 616 BGB.

Larenz, Anm. zu BGHZ Bd.26, S.349 ("Herrenreiter-Fall") in NJW 1958, S.827.

Neumann-Duesberg, Anm. zu LAG Bremen in AP 1953, bei Nr.37.

Nipperdey, Anm. zu RAG in ARS Bd.6, S.79.

- Anm. zu RAG in ARS Bd.10, S.168.

- Anm. zu RAG in ARS Bd.36, S.107.

Nikisch, Anm. zu LAG München in AP 1950, bei Nr.258.

Osthold, Anm. zu BAG vom 24.2.1955 - 2 AZR 192/56 - AP Nr.8 zu § 616 BGB.

Schneider, Anm. zu BAG vom 18.12.1958 - 2 AZR 166/58 - AuR 1959, S.256.

Siebert, Anm. zu LAG Berlin in BB 1953, S.624.

Stern, Anm. zu BVerfG (NJW 1958, S.1227) in NJW 1958, S.1435.

Tophoven, Anm. zu LAG Hamm in AP 1953, bei Nr.99.

Abkürzungsverzeichnis.

AcP	-	Archiv für die zivilistische Praxis
AngVG	-	Angestelltenversicherungsgesetz
AOG	-	Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20. Januar 1934
ArbKrankhG	-	Gesetz zur Verbesserung der wirtschaftlichen Sicherung der Arbeiter im Krankheitsfall vom 26. Juni 1957 in der Fassung vom 12. Juni 1961.
AP	-	Arbeitsrechtliche Praxis, zugleich Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts
ArbG	-	Arbeitsgericht
ArbGG	-	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbRBlattei	-	Arbeitsrecht - Blattei (Loseblatt-Sammlung)
ARS	-	Arbeitsrechts-Sammlung (früher Bensheimer Sammlung)
AuR	-	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
BAG	-	Bundesarbeitsgericht
BAGE	-	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (amtliche Sammlung)
BArbBl.	-	Bundesarbeitsblatt
BB	-	Der Betriebsberater (Zeitschrift)
Betrieb	-	Der Betrieb (Zeitschrift)
BetrVG	-	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	-	Bürgerliches Gesetzbuch
BGB-RGRK	-	Das bürgerliche Gesetzbuch, erläutert von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern
BGBl.	-	Bundesgesetzblatt
BGH	-	Bundesgerichtshof
BGHZ	-	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (amtliche Sammlung)

Binnen-schiffahrtsG	-	Binnenschiffahrtsgesetz
BUrlG	-	Bundesurlaubsgesetz
BVerfG	-	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	-	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (amtliche Sammlung)
DGB	-	Deutscher Gewerkschaftsbund
DÖV	-	Die öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
DVBl.	-	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)
GewO	-	Gewerbeordnung
GG	-	Grundgesetz
GoltdA	-	Goltdammers Archiv für Strafrecht
GS	-	Großer Senat
Hausarb-tagsG NRW	-	Hausarbeitstagsgesetz des Landes Nordrhein-Westfalen
HGB	-	Handelsgesetzbuch
IhJahrb.	-	Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JR	-	Juristische Rundschau (Zeitschrift)
JuS	-	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JW	-	Juristische Wochenschrift
JZ	-	Juristenzeitung
KRG	-	Kontrollratsgesetz
KSchG	-	Kündigungsschutzgesetz
LAG	-	Landesarbeitsgericht
LM	-	Lindenmaier-Möhring, Das Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
MDR	-	Monatsschrift für Deutsches Recht
MTV	-	Manteltarifvertrag

NJW	-	Neue Juristische Wochenschrift
NWB	-	Neue Wirtschafts-Briefe
OLG	-	Oberlandesgericht
PreußBergG	-	Preußisches Berggesetz
RArbBl.	-	Reichsarbeitsblatt
RAG	-	Reichsarbeitsgericht
RdA	-	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
RG	-	Reichsgericht
RGBl.	-	Reichsgesetzblatt
RGZ	-	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (amtliche Sammlung)
RVO	-	Reichsversicherungsordnung
SAE	-	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
SchweizJZ	-	Schweizerische Juristenzeitung
SeemannsG	-	Seemannsgesetz
SJZ	-	Süddeutsche Juristenzeitung
TOA	-	Tarifordnung A für Gefolgschaftsmitglieder (Angestellte) im öffentlichen Dienst
TarifVO	-	Verordnung über Tarifverträge, Arbeiter- und Angestelltenausschüsse und Schlichtung von Arbeitsstreitigkeiten vom 23.12.1918
TVG	-	Tarifvertragsgesetz
VO	-	Verordnung

Vorbemerkung.

Die vorliegende Arbeit will kein weiterer Beitrag zur ohnehin bereits unerschöpflichen theoretischen Literatur über die juristische Hermeneutik sein. Sie ist - wie schon der Titel zum Ausdruck bringt - bewußt auf die P r a x i s der Gesetzesauslegung ausgerichtet. Schwierigkeiten bestehen dabei insoweit, als es auch heute noch keine allgemein anerkannte Auslegungsmethode gibt, insbesondere der Streit zwischen der subjektiven und der objektiven Theorie noch nicht beendet ist. Davon abgesehen gibt es aber einen gesicherten Bestand von Auslegungskriterien, an deren Gültigkeit heute nicht mehr zu zweifeln ist und mit deren Hilfe sich ein beträchtliches Maß an Methodensicherheit erreichen läßt. Die kritische Betrachtung einiger Entscheidungen des BAG auf ihre Methodensicherheit und -ehrlichkeit hin ist Aufgabe der folgenden Ausführungen.- Es würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen, ohne Bezugnahme auf das eigentliche Thema alle Einzelfragen der Auslegung zu erörtern. Um den Leser an die bei der Untersuchung und Kritik der einzelnen BAG-Entscheidungen auftauchenden Fragen heranzuführen, ist es indes unerläßlich, die wichtigsten Grundsätze und Probleme der Gesetzesauslegung in einem besonderen Abschnitt voranzustellen. Soweit möglich, sind die dabei herangezogenen Beispiele dem Gebiet der Lohnfortzahlung im Krankheitsfall entnommen.

1. Abschnitt.

Allgemeine Auslegungsgrundsätze und -probleme.

I. Die Auslegung, das Verstehen geschriebener Texte ist nicht nur ein Problem der Rechtswissenschaft; es taucht in allen Geisteswissenschaften auf. Während aber die Textinterpretation in der Literaturwissenschaft und die

Interpretation historischer Dokumente in der Regel keinen Anspruch auf direkte praktische Nutzanwendung erheben können, erfolgt die Gesetzesauslegung in der Jurisprudenz stets im Hinblick auf eine Gesetzes a n - w e n d u n g und zielt damit auf eine unmittelbare praktische Gestaltung der Lebensverhältnisse ab. Rechtssicherheit, Gerechtigkeit und Praktikabilität, die man als die drei - zum Teil antinomischen - Leitgedanken der Rechtsetzung wie der Rechtsprechung bezeichnen kann, sind dabei in optimalem Maße zu wahren [1]. Die pragmatischen Wesenszüge der Rechtswissenschaft müssen deshalb auch die Methode der Gesetzesauslegung maßgeblich beeinflussen. - Die im gemeinen Recht erforderliche und wichtige philologisch-historische Textermittlung und Textkritik [2] spielt heute keine Rolle mehr, da die Originaltexte der geltenden Gesetze in amtlichen Verkündungsorganen auffindbar sind.

II. Die Anwendung einer Rechtsnorm setzt s t e t s die Ermittlung ihres Inhalts voraus. Die abstrakten gesetzlichen Tatbestandsmerkmale müssen vom Anwendenden gedanklich durch die jeweils entsprechenden Elemente des zu entscheidenden tatsächlichen Sachverhalts ersetzt (subsumiert) und das Gesetz so mit Leben erfüllt werden. Da dieser gedankliche Prozeß bei der Anwendung j e d e r gesetzlichen Norm vollzogen werden muß, ist die Gesetzesanwendung - auch bei scheinbar "eindeutigem" Inhalt einer Vorschrift - ohne vorherige Auslegung, Klarstellung, nicht möglich. So war z.B. bei dem in § 1 Abs.I ArbKrankhG gebrauchten, scheinbar völlig unproblematischen Begriff "Arbeitsunfähigkeit" zu klären, ob darunter nur eine absolute körperliche Arbeitsunfähigkeit fällt oder ob der Arbeiter auch bei einer Arbeitsverhinderung infolge einer

---

1) Vgl. BENDER in JZ 1957, S.593; ZIMMERMANN in JR 1951, S.132 1.Sp.

2) ENNECCERUS-NIPPERDEY aaO. § 52 (S.322).

vorbeugenden Kur "arbeitsunfähig krank" ist und damit Anspruch auf einen Krankengeldzuschuß hat [1]. Selbst bei einem so eindeutigen Gesetzesinhalt wie etwa einer Fristbestimmung muß die abstrakte Norm erst auf den zu entscheidenden Fall konkretisiert werden. Dazu bedarf es bereits einer Auslegung des Gesetzes, wenn auch der dabei erforderliche Denkprozeß einfach sein mag. Richtig sagt deshalb ESSER [2]:

> "Jede Anwendung des Gesetzes ist bereits Interpretation, denn schon die Entscheidung, der Wortlaut des Textes sei so eindeutig, daß er eine Auslegung überflüssig mache, beruht auf einer Interpretation." 3)

Obzwar die praktische Gesetzesauslegung zu dem Zweck erfolgt, einen einzelnen Rechtsfall zu entscheiden, darf sie doch nicht lediglich f a l l b e z o g e n sein. Das Auslegungsergebnis muß vielmehr - gleichsam als Leitsatz - für alle Fälle gelten können, die unter die betreffende Rechtsnorm fallen [4]. Anderenfalls würde der einheitliche Sinn der Norm zerstört und zudem der Rechtsunsicherheit Vorschub geleistet werden [5]. Dieser Grundsatz spielt, wie noch zu zeigen sein wird [6], bei dem Verhältnis des ArbKrankhG zu günstigeren tariflichen

---

1) S. unten S. 92 ff.

2) Grundsatz und Norm S.253/254; vgl. auch ESSER in JZ 1953, S.521 f.

3) Vgl. auch WEINSHEIMER in NJW 1959, S.566; ZIMMERMANN in NJW 1956, S.1262; HECK in JW 1919, S.102. Nicht richtig ist die Ansicht des 1. Ziv.-Senats des BGH - NJW 1951, S.922 -, gesetzliche Vorschriften mit eindeutigem Wortlaut seien der Auslegung nicht fähig. Anders aber BGHZ Bd.2, S.184 (2. Senat).

4) LARENZ, Methodenlehre S.235; SAUER, Juristische Methodenlehre S.303.

5) Fallgerechtigkeit und Allgemeingültigkeit geraten in der Praxis allerdings oft in Konflikt. Dazu BOEHMER, Grundlagen II,2, S.73 ff.; WIEACKER, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, S.10. - Als Korrektiv dienen hier die sog. Generalklauseln.

6) S. unten S. 119 ff.

Regelungen eine Rolle. Soll die Lohnfortzahlungsregelung eines Tarifvertrages an die Stelle des ArbKrankhG treten, wenn sie im E i n z e l f a l l für den Arbeiter günstiger ist, oder ist ein generalisierender, kollektiver Günstigkeitsvergleich anzustellen ?

III. G e g e n s t a n d der Auslegung ist der im amtlichen Verkündungsorgan veröffentlichte Gesetzestext. Z i e l der Auslegung ist die Klarstellung des für das Rechtsleben maßgebenden Sinnes eines Rechtssatzes. Darüber, wie dieses Ziel zu erreichen ist, herrscht in Rechtsprechung und Schrifttum Streit.

1) Seit dem vorigen Jahrhundert stehen sich zwei Haupttheorien gegenüber. Nach der "subjektiven" oder "Willenstheorie" ist bei der Auslegung der normative Wille des historischen Gesetzgebers zu erforschen und der Anwendung des Gesetzes zugrundezulegen [1]. Demgegenüber betonen die Vertreter der sog. "objektiven Theorie", ein Gesetz löse sich mit seinem Erlaß vom Willen seiner Verfasser los und führe fortan ein Eigenleben. Aufgabe der Auslegung ist deshalb nach dieser Theorie nicht die Ermittlung des Willens des historischen Gesetzgebers, sondern des "Willens des Gesetzes" [2]. Darunter ist, um eine Definition Eb.

---

1) So - mit geringen Abweichungen - STAMMLER, Lehrbuch der Rechtsphilosophie S.272/273; HECK, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, insbesondere S.59; ENNECCERUS-NIPPERDEY aaO. § 54 II (S.325 ff.); SIEBERT, Gesetzesauslegung S.41; STOLL IhJahrb Bd. 76, S.134 ff. (175); HILDEBRANDT, Rechtsfindung S.50 ff.; NAWIASKY, Allgemeine Rechtslehre S.126 ff.

2) So THÖL, Einleitung in das deutsche Privatrecht S.151; BINDING, Handbuch des Strafrechts I, S.454, 456; REICHEL, Gesetz und Richterspruch S.67 ff.; KOHLER, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd.I, S.122 ff.; SCHWINGE, Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht S.57 ff.; RADBRUCH, Rechtsphilosophie (5. Aufl.) S.210 ff.; Meier-Hayoz, Der Richter als Gesetzgeber, Schweiz.JZ Bd.48 (1952) S.213 ff. (230).

SCHMIDTs zu gebrauchen [1], "der immanente Sinn des Gesetzes zu verstehen, der dem Gesetz als einem von seiner psychologischen Entstehungsgrundlage losgelösten - in sich selbständigen - Geistesprodukt innewohnt, die teleologisch zu ermittelnde ratio legis."

Die Rechtsprechung ist uneinheitlich [2]. Das BAG neigt in der Regel der subjektiven Theorie zu [3]. In einigen Fällen hat das Gericht jedoch auch über die objektive Theorie eine Gesetzesergänzung [4] und - wenn auch unter strengen Voraussetzungen - eine Gesetzesdurchbrechung [5] zugelassen.

2) Wenn sich auch die Grundthesen der beiden Theorien scheinbar unvereinbar gegenüberstehen, so beginnen sie sich doch in jüngerer Zeit in ihrer Einzelausgestaltung einander anzunähern. Die subjektive Theorie hat sich nämlich in ihrer konsequentesten Spielart besonders für die Rechtsfortbildung als unbrauchbar erwiesen. Zudem läßt sich der Wille des Gesetzgebers mitunter nur unter übermäßigem Aufwand oder gar nicht feststellen [6]. So nähert sich die Willenstheorie in der Version einiger ihrer neueren Vertreter gerade bei der Rechtsangleichung und Rechtsfortbildung der objektiven Theorie an. Schon

---

1) MDR 1950, S.625 r.u.

2) S. die zusammenfassende Darstellung bei TEICHMANN, Die Gesetzesumgehung S.29 ff.

3) Dazu G. und D. REINICKE in NJW 1955, S.1380 ff. m.w. Nachw.

4) Urt. v. 23.9.1954 - 2 AZR 31/53 - AP Nr.1 zu § 3 TOA = NJW 1955, S.157; Urt. vom 24.2.1955 - 2 AZR 10/54 - BAGE Bd. 1, S.338 ff = AP Nr.2 zu § 616 BGB = JZ 1955, S.458 = Betrieb 1955, S.582 = ArbuR 1955, S.255 = SAE 1955, Nr.132.

5) Urt. v. 27.1.1955 - 2 AZR 479/54 - BAGE Bd.1, S.279 (280) = AP Nr.4 zu § 11 KSchG.

6) BENDER in JZ 1957, S.596 r.Sp.

STAMMLER [1] betonte, daß bei der Anwendung älterer Gesetze "der Wille dessen, der zur Zeit Recht setzt", maßgebend sein solle [2], und NAWIASKY [3] will auf den "erkennbar letzten Willen des Gesetzgebers" abstellen. NIPPERDEY [4] vertritt zwar zunächst entschieden die Willenstheorie, läßt den Willen des Gesetzgebers aber später bei der Behandlung der Rechtsfortbildung unberücksichtigt und greift auf die objektive Theorie zurück [5]. Bleibt hier auch durch gewandte Formulierungen der Schein des Subjektivismus i.S. der Willenstheorie bestehen, so ist sie damit doch bereits durchbrochen, da in diesen Fällen eben nicht mehr der (wirkliche) Wille des historischen Gesetzgebers, sondern der (mutmaßliche) Wille des gegenwärtigen Gesetzgebungsorgans zu ermitteln ist. Dieses hat sich aber in der Regel nicht zu dem fraglichen Gesetz geäußert, so daß letztlich die Stellungnahme des auslegenden Richters maßgebend ist.

3) Die objektive Theorie ihrerseits verkennt bei strenger Ausgestaltung, daß die Gesetze von Menschen geschaffen sind und die Gesetzesverfasser den von ihnen verfolgten Zwecken im Gesetz Ausdruck verliehen haben. Der vermeintlich völlig eigenständige "Wille des Gesetzes" ist also in erster Linie der Wille seiner Verfasser. Die objektive Theorie enthält damit an sich schon einen versteckten Subjektivismus. Wenn auch der Gesetzgeber in einem demokratischen Staat ein anonymes Gebilde ist, läßt sich sein Wille in der Regel doch zumindest in den Grundzügen ermitteln. Die Gründe zum Erlaß eines Gesetzes (occasiones legum) sind soziale Spannungen oder ver-

---

1) Theorie der Rechtswissenschaft S.617.
2) So anscheinend auch SAUER, Jur. Methodenlehre S.314.
3) Allgemeine Rechtslehre S.130.
4) aaO. § 54 II (S.325 ff.).
5) aaO. § 58 II (S.339 ff.).

waltungstechnische Bedürfnisse, die eine allgemeine Regelung erfordern. Wie der Gesetzgeber sich diese Regelung grundsätzlich vorgestellt hat, ist trotz der Vielzahl der an der Gesetzgebung beteiligten Personen meist aus dem Gesetzestext in Verbindung mit den zur Verfügung stehenden Materialien sowie aus der occasio legis zu entnehmen. Es ist dabei nicht auf die Meinung einzelner an der Gesetzgebung beteiligter Personen abzustellen. Vielmehr ist zu ermitteln, "welcher normative Willensinhalt in dem Gesetzgebungsakte herrschend geworden und im Gesetze einen (wenn auch unvollkommenen) Ausdruck gefunden hat" [1]. Bei wertbezogenen Vorschriften - etwa im Strafrecht, aber auch im Arbeitsrecht - stehen hinter dem gesetzgeberischen Willen wiederum objektive Rechtsprinzipien; bei bloßen Ordnungsvorschriften ist das dagegen nicht der Fall. In den letzteren Fällen läßt sich deshalb, da allgemeingültige Wertmaßstäbe fehlen, a l l e i n aus dem Gesetz und ohne Berücksichtigung der Vorstellungen des Gesetzgebers keine rechte Interessenschau entnehmen [2] [3].

4) Da sich nach alledem der Wille des Gesetzgebers im Gesetz objektiviert, ist er auch in erster Linie bei der Auslegung zu erforschen. Voraussetzung ist allerdings, daß er irgendwie erkennbar im Gesetz Ausdruck gefunden hat [4]; denn nur der amtliche Gesetzestext ist geltendes Recht. Der Wille des Gesetzgebers wirkt im Gesetz lediglich als "schöpferischer Antrieb" [5] fort. - Da das Ge-

---

1) ENNECCERUS-NIPPERDEY aaO. § 54 III (S.329).

2) BENDER in JZ 1957, S.597 l.Sp.; ZIMMERMANN in NJW 1954, S.1629.

3) Zur Kritik an der objektiven Theorie vgl. im einzelnen HECK, Gesetzesauslegung S.67 ff.; BIERLING, Jur. Prinzipienlehre IV, S.257 ff.; HILDEBRANDT, Rechtsfindung S.50 ff.; LIVER, Der Wille des Gesetzes S.19 ff. und die in Anm.2) Genannten aaO.

4) "Andeutungstheorie", vgl. dazu REINICKE in NJW 1952, S.1033 ff.; 1955, S.1383; BENDER in JZ 1957, S.598/599.

5) LARENZ, Methodenlehre S.239 u.

setz aber naturgemäß als objektivierter Wille des Gesetzgebers den Lebensverhältnissen zur Zeit seines Erlasses entspricht, ist zu erwarten, daß es nach längerer Geltungsdauer infolge des Wandels der sozialen Verhältnisse und Anschauungen bei nur subjektiver Interpretation unzeitgemäß wird. Insbesondere in Katastrophenzeiten altern Gesetze mitunter sehr rasch [1]. Die Ermittlung des Willens des Gesetzgebers ist deshalb nicht immer das letzte Ziel der Auslegung. Wie noch anhand der Entscheidungen des BAG zu § 616 BGB zu zeigen sein wird, taucht gerade bei der Anwendung von BGB-Vorschriften im Arbeitsrecht das Problem auf, ob und wie weit der Wille des Gesetzgebers noch maßgebend sein kann, wenn sich seit dem Inkrafttreten des Gesetzes die Lebensverhältnisse geändert haben und infolgedessen neue Rechtsprinzipien (wie etwa die Fürsorge- und die Treuepflicht) entstanden sind oder sich verstärkt haben, an denen der heutige Gesetzgeber nicht mehr vorübergehen kann [2]. Vor der gleichen Frage steht der Richter, wenn er feststellt, daß der Gesetzgeber bereits bei der Abfassung einer Vorschrift wesentliche Tatsachen nicht oder nicht richtig gesehen hat.

Die soeben aufgeworfene Fragestellung zeigt, daß sich eine befriedigende Lösung im Streit um das Ziel der Gesetzesauslegung - wie so oft - nur durch eine sinnvolle Synthese der subjektiven und der objektiven Theorie erreichen läßt. Unter den Bemühungen in dieser Richtung sind in erster Linie die von BETTI [3] und COING [4] angestellten methodischen Untersuchungen zu erwähnen. Beide wahren eine enge Verbindung zur allgemeinen Hermeneutik und zur Philosophie. BETTI stellt

---

1) WIEACKER, Gesetz und Richterkunst S.4.

2) ENGISCH, Einführung S.90.

3) Zur Grundlegung einer allgemeinen Auslegungslehre, in Festschrift f. Rabel Bd.II, S.79 ff.

4) Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik.

vier hermeneutische Regeln heraus, die er im Anschluß an Schleiermacher als Kanones bezeichnet. An erster Stelle nennt er den "Kanon der hermeneutischen Autonomie". Das Auslegungsobjekt ist gemäß dem ihm eigenen Entstehungs- und Strukturgesetz, insbesondere gemäß dem Standpunkt seines Autors zu verstehen [1]. Auf die Gesetzesauslegung bezogen, bedeutet das die Erforschung des gesetzgeberischen Willens. Es folgt als zweite Station der "Kanon der Ganzheit". Der Auslegungsgegenstand ist danach nicht isoliert, sondern als Teil eines Gesamtwerkes zu betrachten [2]. Wiederum auf die Gesetzesauslegung bezogen: Eine Rechtsnorm ist stets unter Beachtung der Systematik des einzelnen Gesetzes und der Gesamtrechtsordnung auszulegen. Der dritte Kanon, von BETTI als "Kanon der Aktualität des Verstehens" bezeichnet, ermöglicht eine Rechtsfortbildung, insbesondere die Ergänzung und Anpassung der Rechtsnormen an die seit ihrem Erlaß veränderten Verhältnisse [3]. Der vierte und letzte Kanon, der "Kanon der hermeneutischen Sinnentsprechung", führt schließlich zu der erforderlichen inneren Abstimmung und Harmonie zwischen dem subjektiven Verstehen des Interpreten und den vom Auslegungsobjekt her beeinflußten drei anderen Auslegungsstationen [4]. - COING entwickelt fünf gleichberechtigte Kanones, wobei er hinsichtlich der beiden ersten (Kanones der Autonomie und der Einheit des Werkes) mit BETTI übereinstimmt [5]. Es folgt bei COING ein "Kanon der genetischen Auslegung", der Auslegung des Textes von seinem Ursprung her. Die Wechselwirkung zwischen der Sprache als objektiver Gegebenheit und dem individuellen Denken des Autors wird dabei erkenn-

---

1) aaO. S.99 ff.
2) aaO. S.102.
3) aaO. S.109 ff.
4) aaO. S.119 ff.
5) COING aaO. S.13 ff.

bar [1]. An vierter Stelle folgt der "Kanon der Sachbedeutung". Bei dieser Auslegungsstation wird der Wille des Autors (Gesetzgebers) zugunsten einer objektiven Auslegung verlassen. Die bei der Interpretation zu gewinnende Bedeutung geht über das hinaus, was der Autor sich gedacht hat (überschießende Bedeutung) [2]. An fünfter und letzter Stelle steht bei COING der "Kanon der Vergleichung". Bei der Auslegung sind danach die Interpretationsergebnisse bei verwandten Rechtsinstituten oder in anderen Rechtsordnungen mit in die Betrachtung einzubeziehen [3].

In unmittelbarer Verbindung zur p r a k t i s c h e n Rechtsanwendung wird in jüngerer Zeit von ZIMMERMANN [4] und BENDER [5] eine sog. progressive oder mehrstufige Rechtsfindungsmethode vertreten. Nach den von beiden Verfassern aufgestellten Grundsätzen ist zunächst zu prüfen, ob der Wortlaut des Gesetzes mit dem Willen des historischen Gesetzgebers übereinstimmt. Auf der zweiten Stufe folgt die Berichtigung von Formulierungs- und Gedankenfehlern des Gesetzgebers und schließlich auf der dritten Stufe die etwa erforderliche Anpassung des Gesetzes an die seit seinem Erlaß veränderten Verhältnisse. Dabei wird das Gesetz unabhängig von seinem Wortlaut lediglich den Erfordernissen der Gegenwart entsprechend angewendet. Es entfernt sich, wie LARENZ [6] es anschaulich ausdrückt, "gleichsam mit der Zeit von seinem Urheber". - Im Rahmen der abschließenden Betrachtung wird auf diese Auslegungsgrundsätze noch näher einzugehen sein. [7]

---

1) aaO. S.14.

2) aaO. S.15.

3) aaO. S.17.

4) NJW 1954, S.1628; NJW 1956, S.1262 ff.

5) JZ 1957, S.595 ff.; im Anschluß an ZIMMERMANN und BENDER: SIEBERT, Gesetzesauslegung S.45. Vgl. auch LIVER, Der Wille des Gesetzes, insbes. S.28/29.

6) Methodenlehre S.240.

7) S. unten S. 184 ff.

IV.

1) Bezog sich die bisherige Betrachtung auf das Z i e l der Auslegung, so sind im folgenden die einzelnen Mittel der Auslegung darzustellen. Man unterscheidet die Auslegung nach dem Wortsinn (grammatische Auslegung), die Auslegung nach der Stellung einer Bestimmung im Gesetz und ihrem Zusammenhang mit anderen Bestimmungen (systematische Auslegung), die Auslegung aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes (historische Auslegung) und schließlich die Auslegung aus dem Zweck, dem Grund, der ratio des Gesetzes (teleologische Auslegung). Diese vier Ansatzpunkte gehören seit langem zum allgemein anerkannten Bestand der juristischen Auslegungsmethode [1]. Sie seien deshalb nur kurz erläutert.

a) Der Wortsinn.

Mit der Ermittlung des Wortsinnes ist bei der Auslegung eines geschriebenen Textes naturgemäß zu beginnen. Dabei sind der a l l g e m e i n e Sprachgebrauch und die s p e z i f i s c h j u r i s t i s c h e Ausdrucksweise zu unterscheiden. Bei gegenständlichen Begriffen der Umgangssprache wird man in aller Regel zunächst die Bedeutung im allgemeinen Sprachgebrauch festzustellen suchen. In vielen Fällen führt die grammatische Auslegung dabei allerdings zu keinem eindeutigen Ergebnis. Nahe beieinanderliegende Begriffe überschneiden sich meist; zudem ist jeder Begriff in seinem "Randbereich" unscharf. Nur im "Kernbereich" eines Begriffes führt die grammatische Auslegung zu eindeutigen Ergebnissen [2]. So ist z.B. bei dem schon oben erwähnten Begriff "Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit" in § 1 Abs.1 ArbKrankhG nicht weiter problematisch, daß ein an

---

1) SIEBERT, Gesetzesauslegung S.8; ENGISCH, Einführung S.77.

2) Vgl. HECK, Gesetzesauslegung S.171.

Lungenentzündung erkrankter und deshalb bettlägeriger Arbeiter arbeitsunfähig ist. Unklar ist jedoch bereits bei nur wörtlicher Auslegung, ob ein Arbeiter auch im Falle einer vorbeugenden Kur arbeitsunfähig krank ist. Die grammatische Auslegung hilft hier nicht mehr weiter.

Nicht viel ergiebiger ist oft die Wortinterpretation spezifisch juristischer Begriffe [1], wie etwa "Forderung", "Verzug", "Vertretung", "Vollmacht", "Einwilligung", "Genehmigung" u.a.m. Selbst das in seiner Ausdrucksweise im allgemeinen überaus sorgfältige BGB enthält an verschiedenen Stellen gleichlautende juristische Begriffe, die nicht dasselbe bedeuten. Mitunter kann hier auch eine Legaldefinition keine Klarheit schaffen [2]. Führt aber die grammatische Auslegung in zweifelhaften Fällen auch meist nicht weiter, so ist sie doch insofern bedeutsam, als sie bereits die Grenzen der Auslegung i.e.S. aufzuzeigen vermag. Denn allein dem Gesetzestext kommt Autorität zu. Deshalb ist der m ö g l i c h e Wortsinn des Textes die Auslegungsgrenze [3]. Da sich jedoch die Sprache und damit der Sinn vieler Worte im Laufe der Zeit wandelt, ist auch der Auslegungsspielraum bei einer Gesetzesnorm Veränderungen unterworfen [4].

---

1) LARENZ, Methodenlehre S.243 nennt sie "primäre Rechtsbegriffe". Die aus dem Strafrecht stammende Unterscheidung zwischen deskriptiven und normativen Tatbestandsmerkmalen besagt das gleiche, vgl. ENGISCH, Einführung S.33.

2) ENNECCERUS-NIPPERDEY aaO. § 56 I (S.332); LARENZ, Methodenlehre S.243 m. Beispielen.

3) SCHWINGE, Teleologische Begriffsbildung S.48 ff.; MEIER-HAYOZ, Der Richter als Gesetzgeber S.42; SIEBERT, Gesetzesauslegung S.39 unten; ESSER, Grundsatz und Norm S.178 ff.; BGH (Z) in NJW 1954, S.1113; BGH(St) in NJW 1953, S.153; BVerfG in NJW 1953, S.1790; sehr klar LAG Saarbrücken in AP Nr.7 zu § 1 ArbKrankhG; vgl. auch oben S.7 Anm.4.

4) BVerfGE Bd.2, S.401 = NJW 1953, S.1137; RADLOFF in JW 1934, S.69 l.Sp.

b) Die Auslegung aus dem Bedeutungszusammenhang und der Systematik des Gesetzes

ist die Fortsetzung der grammatischen Auslegung. Sie folgt aus der Tatsache, daß die menschliche Sprache nicht aus zusammenhanglos aneinandergefügten Worten und Sätzen besteht, daß vielmehr ein gesprochener oder geschriebener Text eine geistige Einheit darstellt. Gibt auch das einzelne Wort, der einzelne Begriff dem Ganzen seinen Sinn, so ist doch das Verstehen der nunmehr in einem geistigen Organismus lebenden Einzelelemente der Sprache nur aus der Gesamtschau möglich [1]. Auch ein Gesetz ist nicht als Konglomerat aneinandergefügter Begriffe und Paragraphen zu betrachten, sondern als organisches Gebilde. Nach der Ermittlung des möglichen Wortsinnes einer gesetzlichen Vorschrift wird der Auslegende also festzustellen suchen, in welchem sachlich-logischen Zusammenhang der fragliche Begriff verwendet wird und ob sich aus seiner systematischen Stellung im Gesetz etwas über seine Bedeutung entnehmen läßt. -

Um ein Beispiel anzuführen: Bei dem Begriff "Arbeitsverhältnis" in § 1 Abs.II ArbKrankhG [2] spricht schon nach dem Ergebnis der grammatischen Auslegung viel dafür, daß es hier lediglich auf die B e g r ü n d u n g der Arbeitnehmerstellung durch Willensübereinstimmung und verstärkt durch Eingliederung in den Betrieb, nicht aber auf eine tatsächliche Arbeits l e i s t u n g ankommt; denn der juristische Begriff "Arbeitsverhältnis" wird - jedenfalls in aller Regel - im Sinne eines

---

1) LARENZ, Methodenlehre S.244; BETTI, Festschr. f. Rabel Bd.II, S.102.

2) § 1 Abs.II ArbKrankhG: "Der Zuschuß nach Absatz 1 wird erst nach vierwöchiger ununterbrochener Dauer des Arbeitsverhältnisses bei demselben Arbeitgeber gewährt."

Rechtsverhältnisses verstanden [1]. Dieses vorläufige Auslegungsergebnis wird bestätigt, wenn man zusätzlich die systematische Stellung der Lohnfortzahlung im Krankheitsfall heranzieht. Die Zuschußzahlung nach dem ArbKrankhG ist, da hier lediglich der Arbeitgeber verpflichtet wird, nicht Bestandteil des vermögensrechtlichen Austauschverhältnisses Arbeit - Lohn; sie gehört also zur personenrechtlichen Komponente des Arbeitsverhältnisses, nämlich zur Fürsorgepflicht des Arbeitgebers. Dann kann es aber für den Anspruch auf die Zuschußzahlung i m Z w e i f e l nicht darauf ankommen, ob und wie lange der Arbeiter tatsächlich tätig gewesen ist [2]. Der Geltendmachung des Anspruchs steht möglicherweise, wenn der Arbeiter seine Tätigkeit noch nicht aufgenommen hat, die Einrede der unzulässigen Rechtsausübung entgegen [3]; das ändert jedoch nichts an der grundsätzlichen Auslegung [4].

---

1) Vgl. etwa NIKISCH in RdA 1960, S.1 ff. (3). Sehr klar das LAG Saarbrücken in AP Nr.7 zu § 1 ArbKrankhG. Das Gericht führt aus, der Gesetzgeber habe dem § 1 Abs.I ArbKrankhG mit der Wahl des festen Rechtsbegriffs "Arbeitsverhältnis" eine Fassung gegeben, die seinen Willen eindeutig offenbare. Eine abweichende Auslegung scheitere damit am Grundsatz der Gesetzestreue.

2) So das BAG, Urt. vom 13.5.1958 - 2 AZR 656/57 - AP Nr.4 zu § 1 ArbKrankhG; ebenso FREY in BB 1957, S.754; DIEMHOFF in ArbuR 1957, S.300, der darauf hinweist, daß Wartezeiten wie die nach § 1 Abs.II ArbKrankhG in anderen Gesetzen ebenso behandelt werden; ArbG Gelsenkirchen in BB 1958, S.41; LAG Bayern (Nürnberg) in Betrieb 1958, S.54; ArbG Dortmund in BB 1958, S.271. Effektiv geleistete Arbeit fordern dagegen: HESSEL in BB 1957, S.683; LAG Saarbrücken in AP Nr.7 zu § 1 ArbKrankhG; ArbG Dortmund in BB 1958, S.270.

3) GROS in Arb.-R.-Blattei, Krankheit des Arbeitnehmers I, unter D I, 3 a δ ; LAG Saarbrücken in AP Nr.7 zu § 1 ArbKrankhG.

4) Weitere Beispiele aus dem bürgerlichen Recht bei LARENZ, Methodenlehre S.246.

c) Die Entstehungsgeschichte des Gesetzes

ist für die Auslegung insofern von besonderer Bedeutung, als sich aus ihr die Absichten feststellen lassen, die der Gesetzgeber mit der Regelung verfolgt hat (s. oben S.6). Wenn sich auch nicht jede Einzelfrage des auszulegenden Gesetzes durch einen Blick auf seine Entstehungsgeschichte wird klären lassen, so sind doch meist die gesetzgeberischen Grundentscheidungen durch eine kritische Prüfung der Gesetzesmaterialien zu ermitteln. Dabei spielen ebenso die Begründungen zu den Referentenentwürfen wie die Parlamentsberichte eine Rolle. Der Auslegende sucht mit ihrer Hilfe festzustellen, welche der möglicherweise divergierenden Ansichten im Parlament beim Inkrafttreten des Gesetzes herrschend geworden ist [1]. Als Beispiel sei nochmals die Auslegung des Begriffs "Arbeitsverhältnis" in § 1 Abs.II ArbKrankhG angeführt. Zwar ergibt sich aus den Sitzungsprotokollen des Bundestages, daß bei der Beratung des ArbKrankhG nicht ausdrücklich zur Sprache gekommen ist, welche Bedeutung diesem Begriff beizumessen sei. Immerhin läßt sich dem Bericht des federführenden Bundestagsausschusses für Arbeit [2] entnehmen, daß der Arbeiter sich den Anspruch auf die Zuschußleistung zum Krankengeld nicht erst während der Wartefrist e r a r b e i t e n soll. Die vierwöchige Wartefrist war vielmehr wegen der im Verhältnis zu den Angestellten größeren F l u k t u a t i o n der Arbeiter in den Gesetzentwurf eingebaut worden [3]. Ein weitergehender wirtschaftlicher Schutz der Arbeitgeber war vom Gesetzgeber offensichtlich nicht beabsichtigt. Die historische Auslegung erhärtet somit das Ergebnis der systematischen Auslegung.

---

1) BENDER in JZ 1957, S.596 r.Sp.; ENNECCERUS-NIPPERDEY aaO. § 54 III (S.201).

2) Bundestags-Protokoll (2.Wahlperiode), 212. Sitzung vom 24.5.1957 S.12385.

3) Abgeordneter SABEL (CDU) ebenda S.12398, der mit seiner Stellungnahme immerhin die Mehrheit des Bundestages vertrat.

Wertvolle Aufschlüsse ergeben sich häufig, wenn der Gesetzestext im Verlauf der Gesetzgebungsarbeit geändert worden ist. Mitunter lassen sich auch aus der sozialen Lage und den Spannungen vor Inkrafttreten eines Gesetzes Folgerungen ziehen. Stets muß aber der Gesetzestext Maßstab der Auslegung sein; denn nur er besitzt Autorität.

Die Bedeutung der historischen Auslegung hat SIEBERT [1] am Beispiel des § 34 des niedersächsischen Arbeitsschutzgesetzes für Jugendliche überzeugend dargelegt.

Bei Weiterverfolgung des eingeschlagenen gedanklichen Weges und unter Verwendung der bei der logisch-systematischen und der historischen Auslegung gewonnenen Ergebnisse gelangt man schließlich zur

d) teleologischen Auslegung, zur Auslegung aus dem Zweck des Gesetzes.

Die Absichten des historischen Gesetzgebers lassen sich dadurch weiter aufklären, daß man den objektiven Zweck der auszulegenden Norm ermittelt. Die Zweckerforschung spielt dann eine besondere Rolle, wenn der Gesetzgeber bei der Abfassung von Normen nicht alle möglichen Konsequenzen in Betracht gezogen oder sich über die Zweckmäßigkeit oder Angemessenheit einer Anordnung falsche Vorstellungen gemacht hat. In diesen Fällen ist es Aufgabe des Richters, die Unterlassungen und Irrtümer des Gesetzgebers - allerdings zunächst nur im Rahmen des möglichen Wortsinnes des Gesetzes - zu berichtigen. Er denkt dabei die Gedanken des Gesetzgebers weiter und beseitigt so die aufgetretenen Unklarheiten letztlich in seinem - des Gesetzgebers - Sinne. Ergeben sich jedoch keine Anhaltspunkte für die Feststellung des mutmaßlichen gesetzgeberischen

---

1) Gesetzesauslegung, insbes. S.30/31.

Willens, so wird der Richter noch einen Schritt weitergehen und auf die dem Recht innewohnenden objektiven technischen (z.B. Abstraktionsgrundsatz im Zivilrecht) und rechtsethischen Prinzipien (Gleichbehandlungsgrundsatz, Vertrauensschutz, Vertragsfreiheit u.a.m.) sowie auf die "Natur der Sache" zurückgreifen, sofern diese Kriterien für die fragliche gesetzliche Bestimmung bedeutsam sind. Stellt sich dabei heraus, daß mehrere sich widersprechende Rechtsprinzipien in einer Rechtsnorm enthalten sind, dann ist noch zusätzlich zu ermitteln, welchem von ihnen der Vorrang gebührt [1]. Im Arbeitsrecht erlangt dabei besonders das soziale Schutzprinzip Bedeutung. Bei Zweifeln über den Sinn einer arbeitsrechtlichen Vorschrift ist, wenn sich diese nicht ausräumen lassen, der für den Arbeitnehmer günstigeren Auslegung der Vorzug zu geben. Dieses bei der Auslegung arbeitsrechtlicher Normen zu berücksichtigende "Günstigkeitsprinzip" wird jedoch nur dann bedeutsam, wenn alle übrigen Auslegungsmittel versagen, ist also ultima ratio bei der Interpretation. Es wäre deshalb leicht mißverständlich, würde man von einem allgemeinen Grundsatz "Im Zweifel für den Arbeitnehmer" sprechen. - Da die genannten Rechtsprinzipien nicht unveränderlich sind, sich vielmehr mit den sozialen Anschauungen wandeln, ist es durchaus möglich, daß sich auch das Ergebnis der teleologischen Auslegung des Gesetzes ändert. Erscheint infolge einer Änderung der sozialen Verhältnisse, aufgrund des technischen Fortschritts oder neu entstandener rechtsethischer Prinzipien der Wille des historischen Gesetzgebers oder der ursprüngliche Zweck des Gesetzes überholt und mit dem Rechtsempfinden nicht mehr vereinbar, so wird die Rechtsprechung dem Rechnung tragen und dem Gesetz im Rahmen seines möglichen Wortsinnes eine neue Deutung geben [2].

---

1) Vgl. die bei LARENZ, Methodenlehre, S.251, 252, 254 angeführten Beispiele. Zum Prinzipienwiderstreit vgl. ENGISCH, Einheit der Rechtsordnung, S.63/64.

2) RGZ Bd.154, S.161 ff. (164) zu § 906 BGB; Bd.167, S.14 ff. (22) zu § 909 BGB.

Das Gesetz löst sich damit von seinen Verfassern.

2) Oft hat der Gesetzgeber den Wortlaut einer Norm bewußt so gewählt, daß dem Richter ein Entscheidungsspielraum bleibt und die Vorschrift - im Rahmen des Wortsinnes - den Bedürfnissen des einzelnen Sachverhalts angepaßt werden kann. Musterbeispiele hierfür sind die Generalklauseln, im BGB insbesondere die §§ 157 und 242. Begriffe wie Treu und Glauben und die guten Sitten sind keine Normschemata, die ohne weiteres einem gegebenen Sachverhalt subsumiert werden können. Der Richter muß sie vielmehr in jedem Fall neu verwirklichen [1]. - Auch in § 616 Abs.I BGB hat der Gesetzgeber dem Richter bewußt einen Entscheidungsspielraum gelassen [2]. Die "verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit" der Arbeitsverhinderung kann je nach den Eigenarten des konkreten Arbeitsverhältnisses verschieden sein und ist unter Berücksichtigung der Belange beider Vertragsteile zu bestimmen [3]. Insbesondere kommt es dabei auf die Dauer der Verhinderung im Verhältnis zur bisherigen Beschäftigungsdauer an [4]. Dennoch handelt es sich auch in diesen Fällen um echte Gesetzesauslegung; denn alle jene "Lockerungsbegriffe" [5] sind in gesetzliche Schranken gebannt, die der Richter nicht ohne weiteres überschreiten kann. Es bedarf hier allerdings einer schöpferischen Tätigkeit, die über eine bloße Norm a n w e n d u n g hinausgeht [6].

---

1) WIEACKER, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, S.13, 14 ff.

2) Motive II, S.464 oben.

3) STAUDINGER-NIPPERDEY-MOHNEN-NEUMANN aaO. Anm.18 zu § 616; ERMAN-KÜCHENHOFF aaO. Anm.2 c zu § 616; PALANDT-GRAMM aaO. Anm.2 zu § 616; HUECK bei HUECK-NIPPERDEY aaO. Bd.I, S.306; ENNECCERUS-LEHMANN aaO. § 147 I, 1 a (S.626).

4) STAUDINGER-NIPPERDEY-MOHNEN-NEUMANN aaO.; ENNECCERUS-LEHMANN aaO.; NIKISCH, Arbeitsrecht Bd.I, S.507.

5) ENGISCH, Einführung S.122.

6) LARENZ in Festschr. f. Nikisch S.275 ff. (279).

3) Nicht immer läßt sich ein gültiges Auslegungsergebnis mit Hilfe der genannten Auslegungsmittel der jeweiligen Rechtsquelle a l l e i n - allgemeiner ausgedrückt: der jeweiligen Normebene - entnehmen. Jedes Gesetz ist bei seiner Anwendung am Grundgesetz als übergeordneter Norm zu messen. Ein Auslegungsergebnis ist nur tragbar, wenn es mit den Entscheidungen des Verfassungsgebers in Einklang steht. Diese sog. verfassungskonforme Auslegung erlangt freilich nur Bedeutung, wenn nach dem Ergebnis der normalen Auslegung, die voranzugehen hat, mehrere Möglichkeiten der Entscheidung offen bleiben. Dann ist das Auslegungsergebnis zu verwerten, das den Anforderungen der Verfassung entspricht. Führt die Auslegung hingegen zu einem eindeutigen Ergebnis, ist das Gesetz danach aber als verfassungswidrig anzusehen, so ist für eine verfassungskonforme A u s l e g u n g kein Raum [1]. In einem solchen Fall greift die Normenkontrolle ein, die zwar mit der Auslegung methodisch verwandt ist, jedoch vom Gesetzgeber eine selbständige Stellung erhalten hat. Die Verfassungsnormen sind bei der Normenkontrolle nicht Auslegungs-, sondern Prüfungsmaßstab. -

Das Schlagwort "verfassungskonforme Auslegung" kennzeichnet jedoch nicht nur einen speziell verfassungsrechtlichen Auslegungsgrundsatz. Es ist - um mit MICHEL [2] zu sprechen - Ausdruck eines "allgemeinen interpretatorischen Konformitätsprinzip, das immer Anwendung findet, wenn rangniedere Normen in ihrem Verhältnis zu ranghöheren Normen auszulegen sind und wenn bei Mehrdeutigkeit Zweifel an der Rechtswirksamkeit der rangniederen Norm wegen etwa fehlender Übereinstimmung mit der ranghöheren Norm auftauchen". Zu diesem Auslegungsbereich gehört z.B. auch der Günstig-

---

1) BVerfG Bd.2, S.267 = NJW 1953, S.1057; BVerfG in NJW 1958, S.1227; Anm. von STERN zu dieser Entscheidung in NJW 1958, S.1435; BENDER in MDR 1959, S.441; MICHEL in JuS 1961, S.279.

2) JuS 1961, S.275.

keitsvergleich zwischen einer gesetzlichen und einer tarifvertraglichen Regelung.

V. Von der Auslegung i.e.S. zur Rechtsfortbildung.

Die bisherigen Ausführungen behandelten lediglich die Auslegung des Gesetzes im engeren Sinne, d.h. sein Verstehen im Rahmen des nach dem Wortlaut möglichen Sinnes. Die Rechtsprechung erschöpft sich darin jedoch nicht. In vielen Fällen kann eine Rechtsfrage aus dem Gesetz nicht oder nicht befriedigend beantwortet werden. Das kann auf der Lückenhaftigkeit einer gesetzlichen Regelung sowie darauf beruhen, daß der Gesetzgeber infolge fehlerhafter Beurteilung der Lebensverhältnisse nicht alle Konsequenzen einer Anordnung bedacht hat. Es ist auch denkbar, daß der Gesetzgeber die soziale Wirklichkeit zwar erkannt, aber unzweckmäßig oder ungerecht b e w e r t e t hat und eine Angleichung des Gesetzes im Rahmen der Auslegung i.e.S. nicht möglich ist, weil sein eindeutiger Wortlaut entgegensteht. - Schließlich kann der Fall eintreten, daß die weitere Anwendung einer ursprünglich einmal vernünftigen und gerechten Norm infolge Veränderung der sozialen Wirklichkeit u n d ihrer Bewertung zu unerträglichen Spannungen zwischen dem Gesetz und dem Leben führen würde [1].

1) Der Richter ist infolge des Rechtsverweigerungsverbotes zur Ergänzung von Gesetzeslücken verpflichtet. Eine positive Anleitung hierzu, wie sie der berühmte Art.1 des schweizerischen ZGB [2] darstellt, enthält das ge-

---

1) Vgl. ZIMMERMANN in NJW 1952, S.960.

2) Abs.II und III:
"Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo auch solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde.
Er folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung".

schriebene deutsche Recht allerdings nicht. - Eine Lücke ist dann vorhanden, wenn das Gesetz eine Rechtsfrage nicht regelt, obgleich es nach der ihm immanenten Zwecksetzung eine solche Regelung enthalten müßte [1]. Es ist dann Aufgabe des Richters, das richtige Recht durch eine Ergänzung aus dem Zweck des Gesetzes zu finden.

a) Läßt das Gesetz eine an sich erforderliche positive Regelung vermissen [2], so stehen zur Ausfüllung einer solchen Lücke die folgenden in der Jurisprudenz gebräuchlichen logisch-technischen Mittel zur Verfügung:

aa) Die Analogie. Sie bedeutet die Ausdehnung gesetzlicher Grundsätze auf Sachverhalte, die das Gesetz nicht direkt regelt, die aber in den wesentlichen Punkten mit den im Gesetz geregelten Fällen wesensgleich sind, so daß die rechtliche Gleichbehandlung geboten ist. Dabei unterscheidet man Einzel- und Gesamtanalogie [3], je nachdem, ob die Grundsätze einer einzelnen Bestimmung oder mehrerer Normen auf einen rechtsähnlichen Fall angewandt werden.

bb) Mitunter ergibt sich indes aus der absichtlich engen Fassung einer Gesetzesvorschrift, daß sie nach dem Willen des Gesetzgebers auf ähnlich liegende Fälle nicht anzuwenden ist. Der Umkehrschluß (argumentum e contrario) führt in solchen Fällen zu der Feststellung, daß eine ergänzende Rechtsfindung im Wege der Analogie wegen des "beredten Schweigens" des Gesetzes nicht möglich ist.

---

1) Diese Definition ist allerdings nicht unbestritten, s. dazu unten S. 46 ff. Vgl. zum Lückenproblem im allgemeinen die richtungweisende Arbeit ZITELMANNs, "Lücken im Recht", sowie das bei ENGISCH, Einführung, Anm.153 angeführte umfangreiche Schrifttum.

2) LARENZ, Methodenlehre S.284 spricht in diesen Fällen sehr plastisch von "offenen Lücken".

3) Diese von LARENZ, Methodenlehre S.292 geprägten Begriffe sind anschaulicher als die gebräuchlichen Begriffe "Rechtsanalogie" und "Gesetzesanalogie".

cc) Das argumentum a maiore ad minus ähnelt dem Analogieschluß stark. Es ist dann anzuwenden, wenn in einer weitergehenden Regel die weniger weitgehende enthalten ist. Wer z.B. nach dem Gesetz für Zufallsschäden haftet, muß erst recht für schuldhaft verursachte Schäden einstehen, auch wenn das Gesetz dies nicht besonders erwähnt. Wie bei der Analogie ist auch beim argumentum a maiore ad minus durch Ermittlung des Zweckes des Gesetzes festzustellen, ob die ratio legis den rechtsähnlichen Fall mit umfaßt.

b) Enthält das Gesetz zu einer Rechtsfrage zwar eine positive Anordnung, fehlt aber eine nach seinem Zweck an sich erforderliche Ausschlußregelung für bestimmte Fälle [1], so ist das Gesetz durch eine teleologische Beschränkung auf den ihm nach seiner immanenten Zwecksetzung zukommenden Regelungsbereich zurückzuführen. Der Auslegende schafft dabei erst gedanklich die nach dem Wortsinne nicht vorhandene, "verdeckte" Gesetzeslücke, um sie dann dem Zweck des Gesetzes entsprechend auszufüllen. Man spricht in diesen Fällen von Restriktion oder teleologischer Reduktion [2]. Auch hier handelt es sich nicht mehr um eine Auslegung i.e.S., da der eindeutige Wortsinn des Gesetzes eingeengt wird. Die Restriktion ist das Gegenstück zur Analogie und zum argumentum a maiore ad minus. Jene sind Ausfluß des allgemeinen Rechtsgrundsatzes, daß tatsächlich Gleiches auch rechtlich gleich zu behandeln ist, während die Restriktion den Zweck hat, ungleiche Sachverhalte - wie es ihnen zukommt - auch ungleich zu beurteilen.

c) Die dritte Gruppe von Gesetzeslücken kann man als Kollisionslücken bezeichnen. Sie treten auf, wenn sich zwei einander widersprechende Regelungen gegenüberstehen,

---

1) LARENZ, Methodenlehre S.284 spricht hier von "verdeckten Lücken".

2) LARENZ, Methodenlehre S.296/297.

von denen keiner der Vorrang gebührt [1]. Lücken dieser Art sind allerdings nur selten. In der Regel wird sich bei der Kollision zweier gleichrangiger Regelungen das Vorrangproblem lösen lassen [2]. Es handelt sich dann nicht um eine Lückenausfüllung, sondern um Auslegung i.e.S. Die Normenkonkurrenz spielt im Arbeitsrecht beim Zusammentreffen mehrerer Tarifverträge eine Rolle. Auch das Verhältnis des § 616 Abs.I BGB zum ArbKrankhG ist ein Fall der Normenkonkurrenz [3].

2) Von der L ü c k e n h a f t i g k e i t des Gesetzes ist die V e r b e s s e r u n g s b e d ü r f t i g k e i t zu unterscheiden. Läßt sich eine Lücke mit Hilfe teleologischer Nachforschungen aus dem Sinn und Zweck des Gesetzes heraus ergänzen, so ist das bei Fehlern, die in der Konzeption des Gesetzes liegen, nicht möglich. Die Rechtsfortbildung geschieht dann nicht mehr intra oder praeter legem, sondern contra legem [4]. Dabei ist es unerheblich, ob der Fehler dem Gesetz infolge einer unzweckmäßigen oder ungerechten Bewertung des sozialen Lebens durch den Gesetzgeber bereits beim Inkrafttreten anhaftete oder ob das Gesetz erst nach längerer Geltungsdauer infolge einer Wandlung der sozialen Verhältnisse fehlerhaft wurde.

a) Der Grund für eine Gesetzesberichtigung kann liegen

aa) in einem unabweisbaren Bedürfnis des Rechtsverkehrs [5].

---

1) S. ENNECCERUS-NIPPERDEY aaO. § 58 I,4 (S.339) m. w. Nachw.

2) S. aber BAG, Beschl. v. 12.10.55 - 1 ABR 1/54 - AP Nr.3 zu § 96 ArbGG.

3) S. unten S. 112 ff.; 142 ff.

4) Auch diese Tätigkeit des Richters kann man als Interpretation bezeichnen, wenn man davon ausgeht, daß Interpretation normgestaltende Arbeit innerhalb einer einheitlichen, lebendigen Rechtsordnung ist, ESSER JZ 1953, S.521; vgl. auch BETTI in Festschr. f. Raape S.379 ff. (386).

5) LARENZ, Methodenlehre S.305.

Als eindrucksvolles Beispiel für eine Rechtsneubildung mit Rücksicht auf das Verkehrsbedürfnis ist die Entwicklung der Sicherungsübereignung als neues Rechtsinstitut unter Erweiterung des geschlossenen Kreises der Sachenrechte zu nennen. Sie wurde erst durch die grundlegende Wandlung der wirtschaftlichen Verhältnisse zu Beginn des 20. Jahrhunderts für die Rechtsprechung aktuell. Während der gesetzgeberischen Arbeiten zum BGB war die Notwendigkeit dieses Sicherungsinstituts noch nicht erkannt worden.

bb) Die Gesetzesberichtigung kann des weiteren im Hinblick auf die "Natur der Sache" [1] erfolgen. Ein Gesetz kann an den tatsächlichen Lebensverhältnissen, soweit sie mit den ethischen Grundvorstellungen übereinstimmen und für die betreffende Regelung bedeutsam sind, nicht vorübergehen [2]. Der Richter muß deshalb die Möglichkeit haben, ein den Lebensverhältnissen nicht entsprechendes und damit unrichtiges Gesetz zu berichtigen. So haben z.B. Lehre und Rechtsprechung schon bald nach dem Inkrafttreten des BGB den nichtrechtsfähigen Verein weitgehend dem rechtsfähigen Verein gleichgestellt, obgleich der Gesetzgeber in § 59 BGB die entsprechende Anwendung der Vorschriften über die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft angeordnet hatte. Die Gesetzesberichtigung war erforderlich, weil der nichtrechtsfähige Verein als Korporation mit einer Personalgesell-

---

1) Grundlegend STRATENWERTH, Das rechtstheoretische Problem der Natur der Sache, insbes. S.20 ff.

2) Die Natur der Sache ist deshalb nicht mit Natur-r e c h t irgendwelcher Prägung zu identifizieren. Naturrecht ist bereits ein Inbegriff abstrahierter Normen, die aus der Natur, den Wesenseigentümlichkeiten des Menschen, den sozialen Gegebenheiten oder obersten Grundsätzen der Ethik abgeleitet sind, während man als Natur der Sache, allgemein ausgedrückt, den Sinngehalt der natürlichen Gegebenheiten selbst hinstellen kann. Die Natur der Sache könnte also eine Q u e l l e des Naturrechts sein.

schaft kaum Berührungspunkte hat [1]. Auf arbeitsrechtlichem Gebiet ist die Entwicklung der Lehre vom B e t r i e b s r i s i k o [2] ein markantes Beispiel für eine Gesetzesberichtigung mit Rücksicht auf die Natur der Sache. Die rasche Entwicklung des modernen Arbeitslebens - insbesondere seine kollektivistischen Einschläge - führte zu der Notwendigkeit, in vielen Fällen der Unmöglichkeit der Arbeitsleistung von den §§ 323 ff. BGB abzuweichen. - Es besteht allerdings gerade bei der Konkretisierung eines Begriffes wie der Natur der Sache die Gefahr, daß die Meinungen über das, was der Natur der Sache entspricht, voneinander abweichen und die Rechtsprechung so subjektiv gefärbt wird [3]

cc) Schließlich kann eine Gesetzesberichtigung mit Rücksicht auf ein rechtsethisches Prinzip erforderlich werden [4]. Man versteht unter rechtsethischen Prinzipien richtungweisende, vorgegebene Maßstäbe der Gesetzgebung, die Eingang in die allgemeine Rechtsüberzeugung gewonnen haben und deshalb vom Gesetzgeber wie vom Richter zu beachten sind. Sie sind, anders als die rechts t e c h n i s c h e n Prinzipien, nicht das Ergebnis von Zweckmäßigkeitserwägungen, sondern objektive Rechtswahrheiten [5], die allerdings nicht unverbrüchlich feststehen, sondern mit der Gesamtkultur Wandlungen unterworfen sind. Die rechtsethischen Prinzipien geben der Rechtskultur gleichsam die innere

---

1) Vgl. die ausführliche Darstellung bei BOEHMER, Grundlagen II,2 S.167 ff.; LARENZ in Festschrift für Nikisch S.282.

2) Eingeleitet mit der Sphärentheorie des RG (RGZ Bd. 106, S.272 ff.).

3) ENGISCH, Idee der Konkretisierung S.116; MEIER-HAYOZ aaO. S.263; NAWIASKY, Allgemeine Rechtslehre S.145.

4) Zur Rechtsfortbildung intra legem s. oben S.16.

5) LARENZ, Methodenlehre S.314; ders. in Festschrift f. Nikisch S.300/301.

Stütze. ESSER [1] bezeichnet sie deshalb in ihrer Gesamtheit als "System von Prinzipien, die dem Richter die Auslese, Anwendung und Neubildung positiver Normen erlauben". Sie sind also nicht selbst oberste Normen. -

Hat der Gesetzgeber in einer Anordnung einen solchen grundlegenden Faktor nicht berücksichtigt, oder hat die Fortentwicklung der Rechtskultur nach Inkrafttreten eines Gesetzes zur Herausbildung neuer rechtsethischer Prinzipien geführt, so sind Situationen denkbar, in denen die weitere Anwendung des Gesetzes im Rahmen seines Wortsinnes zu unerträglichen Spannungen im Rechtsleben führt. Der Richter, der in einem solchen Fall erstmals zur Entscheidung berufen ist, steht hier vor überaus schwierigen Fragen. Läßt sich das am einzelnen Fall in Erscheinung getretene Rechtsprinzip als eine der Rechtsordnung innewohnende allgemeine Maxime halten ? Ist es als solche stark genug, daß der Richter dem geschriebenen Gesetz den Gehorsam verweigern kann ? Die vielfältigen Schwierigkeiten dieser Art der Rechtsfortbildung spiegeln sich darin wider, daß gerade die rechtsethisch begründeten gesetzesberichtigenden Entscheidungen unserer Gerichte zum Teil heiß umstritten sind. Es sei aus der Rechtsprechung des BGH nur auf die Entwicklung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts hingewiesen, das in der Zubilligung eines Schadensersatzes in Geld bei der Verletzung dieses Rechtes entgegen der ausdrücklichen Vorschrift des § 253 BGB gipfelte [2].

b) Die G r e n z e n zwischen der Lückenausfüllung und der Gesetzesberichtigung sind fließend und deshalb oft nur schwer zu ziehen, besonders wenn die Natur der Sache oder ein rechtsethisches Prinzip die Problemstellung

---

1) Grundsatz und Norm S.227.

2) "Herrenreiter-Fall", BGHZ Bd.26, S.349, und krit. Anm. von LARENZ in NJW 1958, S.827.

beherrscht. Hinzu kommen noch häufig begriffliche Unklarheiten [1]. Gerade im Fall der Lehre vom Betriebsrisiko ist ohne klare begriffliche Abgrenzung der beiden Arten offener Rechtsfortbildung nicht leicht zu erkennen, ob es sich bei der Abweichung von den §§ 323 ff. BGB um die Ausfüllung einer durch die Fortentwicklung des Arbeitslebens entstandenen (offenen) Regelungslücke oder um eine echte Gesetzes b e r i c h t i g u n g handelt.

c) Die Z u l ä s s i g k e i t von Entscheidungen contra legem ist im Schrifttum nicht unbestritten, wenngleich sich das Mißtrauen gegen einen strikten Gesetzespositivismus besonders nach dem 2.Weltkrieg erklärlicherweise verstärkt hat [2]. Die Frage, die bisher im wesentlichen rechtsphilosophisch und ethisch gesehen worden ist, harrt nach wie vor einer gründlichen j u r i s t i s c h e n Untersuchung (nicht nur der Extremfälle, wie sie ein offenbarer Unrechtsstaat mit sich bringt), nachdem auch die Monographie von EVERS [3] zu keinen neuen Erkenntnissen geführt hat. In der Rechtsprechung wird die berichtigende Rechtsfortbildung seit langem praktiziert, wie die vorstehend erwähnten Beispiele, die sich beliebig vermehren ließen, zeigen. Ihre Berechtigung findet allerdings im geschriebenen Gesetz keine hinreichende Grundlage. Der Hinweis auf die Bindung der rechtsprechenden Gewalt an

---

1) Zur Problematik LARENZ, Methodenlehre S.282, 299; s. auch die Ausführungen unten S. 46 ff.

2) Während z.B. RADBRUCH (Rechtsphilosophie, 3.Aufl. 1932, S.83 ff.) noch die unbedingte Bindung des Richters an das Gesetz forderte, gestand er 1946 (Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, in SJZ 1946, S.105 ff.; ebenso in Vorschule der Rechtsphilosophie 1947, § 36) dem Richter das Recht zu, von einem offensichtlich ungerechten Gesetz abzuweichen.

3) Der Richter und das unsittliche Gesetz, 1950.

"Gesetz und Recht" in Art.20 Abs.III GG wird zwar von MAUNZ-DÜRIG [1] dahingehend verstanden, daß das geschriebene Recht nicht die ganze Rechtsordnung umfaßt und z.B. dann nicht angewandt werden kann, wenn es der umfassenden Rechtsidee widerspricht, jedoch wird die Unterstellung einer so weittragenden Bedeutung wieder fragwürdig, wenn man zusätzlich Art.97 GG heranzieht, wonach der Richter nur dem G e s e t z unterworfen ist. Auch aus der Befugnis der Obergerichte zur Rechtsfortbildung (§§ 137 GVG; 45 ArbGG) läßt sich nichts entnehmen, da auch die Lückenergänzung und eine neue Auslegung intra legem zur Rechtsfortbildung gehören.

Der bisher brauchbarste juristische Ansatzpunkt zur Bejahung der berichtigenden Rechtsfortbildung liegt in folgender Erwägung: Die Rechtsprechung dient der Verwirklichung der Gerechtigkeit im Einzelfall, soweit dieses Ziel durch menschliche Erkenntnis überhaupt erreichbar ist [2]. Wollte man der Rechtsprechung diese vornehmste Aufgabe absprechen, so wäre sie inhaltsleer. Das geschriebene Gesetz steht jedoch nicht immer mit dem allgemeinen Rechtsbewußtsein und dem Geist der Rechtsordnung in Einklang, sei es, weil der Gesetzgeber eine unzweckmäßige oder ungerechte

---

1) Kommentar z. GG, Anm.72 zu Art.20.

2) Der Begriff "Rechtsstaat" wird heute nicht mehr nur formal, sondern materiell interpretiert, s. etwa MENGER, Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im Bonner Grundgesetz S.18. - Sehr klar LSG Bremen in BB 1957, S.543: " Er (scil. der Rechtsstaat) soll sich durch die Tätigkeit von Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung nicht nur formal, sondern auch materiell als ein Rechtsstaat darstellen, d.h. als ein Staat, der auf die Verwirklichung und Sicherung der Gerechtigkeit ausgerichtet ist".

Wertentscheidung getroffen hat [1], sei es, weil das sich fortentwickelnde soziale Leben neue Rechtsvorstellungen erzeugt hat. Der Richter muß in solchen Fällen befugt sein, von der gesetzlichen Regelung abzuweichen, da die Rechtsprechung anderenfalls in einem hohlen Formalismus erstarren würde [2]. Dabei entsteht vielfach ein Widerstreit mit dem Postulat der Rechtssicherheit. Die hier für den Richter entstehenden Schwierigkeiten verringern sich nicht wesentlich, wenn man mit dem BVerfG [3] im Konfliktsfall der Gerechtigkeit den Vorrang vor der Rechtssicherheit einräumt.

Eine Kollision mit der Zuständigkeit des BVerfG entsteht bei der Gesetzesberichtigung nicht, da nicht das GG, sondern das Verkehrsbedürfnis, die Natur der Sache und rechtsethische Prinzipien Maßstäbe der Interpretation sind. Zwar sind jene Kriterien, da sie ja als Gerechtigkeitsfaktoren zur Gesetzesdurchbrechung herangezogen werden, den geschriebenen Gesetzen vorgegeben. Sie sind aber selbst keine Normen, auch wenn sie normativ gestaltend wirken. Ihre normbildende Funktion entfalten sie im Rahmen des jeweils in Betracht kommenden Gesetzes. Da nur Normen G e g e n s t a n d der Interpretation sein können, erfolgt die Gesetzesberichtigung mithin innerhalb ein und derselben N o r m e b e n e .

---

1) Die Gefahr besteht heute in stärkerem Maße als früher, da infolge des ungeheuren Anwachsens der staatlichen Aufgaben und der damit einhergehenden Gesetzesflut das Zustandekommen von Gesetzen nicht selten von Zufälligkeiten bestimmt ist. Darüberhinaus wirkt sich der Einfluß verschiedener Interessengruppen auf die Einheitlichkeit eines Gesetzeswerkes nachteilig aus.

2) S. LARENZ, Methodenlehre S.320.

3) BVerfGE Bd.3, S.225 ff (237 f.).

d) An dieser Stelle erhebt sich zugleich die Frage nach den Grenzen der berichtigenden Rechtsfortbildung. Es kann nicht Aufgabe des Richters sein, das Recht den jeweiligen Tagesbedürfnissen anzupassen. Das würde einmal dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Gewaltenteilung widersprechen und sich zum anderen - in den praktischen Folgen - auf die Rechtssicherheit überaus nachteilig auswirken. - - Das Recht ist nicht lediglich ein Spiegelbild der Seinsordnung; der Gesetzgeber stellt vielmehr, um ungünstige gesellschaftliche Entwicklungen zu verhindern oder wünschenswerte Entwicklungen voranzutreiben, auch "primäre" Anordnungen über das Verhalten der Rechtsgenossen auf. Das Recht ist deshalb zugleich eine selbständige S o l l e n s ordnung [1]. Gewiß führt das Zusammenleben der Menschen zu neuen Entwicklungen im Sozialbereich, die mit den Prinzipien unserer Rechtsordnung in Einklang stehen und eine allgemeine Normierung verlangen; eine solche Generalregelung muß jedoch in erster Linie Aufgabe des Gesetzgebers bleiben. Der Richter kann hier nur dann helfend eingreifen, wenn ohne seine Hilfe ein für die Rechtsgemeinschaft untragbarer Zustand eintreten würde [2]. Das gilt für alle Fälle der Interpretation contra legem. Es geht allerdings nicht an, den Richter dabei lediglich auf sein persönliches Rechtsgefühl zu verweisen. Die Folge wäre wieder das, was unter allen Umständen zu vermeiden ist: Rechtsunsicherheit [3]. Jegliche Rechtsfortbildung contra legem muß deshalb, ebenso wie die Auslegung i.e.S. und die Lückenergänzung,

---

1) COING in JZ 1951, S.480 (484).

2) Vgl. WENZEL in JZ 1960, S.716; ZIMMERMANN in NJW 1950, S.132.

3) FORTSTHOFF in DöV 1959, S.42.

an bestimmte methodische Grundsätze gebunden sein. Feste methodische Grundlagen sind bei der Rechtsfortbildung contra legem umso mehr erforderlich, als hier vom Richter gleich zwei schwierige gedankliche Schritte verlangt werden: Negativ ist festzustellen, daß das geschriebene Gesetz nicht mehr anzuwenden ist, und positiv, welche Regelung nunmehr gelten soll. Ob sich hier Grundsätze aufstellen lassen und inwieweit sie geeignet sind, zu echter juristischer Argumentation bei der berichtigenden Rechtsfortbildung zu verhelfen, wird noch im Verlauf der weiteren Untersuchungen zu zeigen sein [1].

1) S. unten S.61 ff.

2. Abschnitt.

Die Gesetzesauslegung durch das BAG auf dem Gebiet der Lohn- und Gehaltsfortzahlung im Krankheitsfall.

A. Einleitung.

I. Will man Gerichtsentscheidungen auf ihre Methodik in der Begründung hin untersuchen, so ist zu beachten, daß in ihnen - entsprechend dem Urteilsstil - die gefundenen Ergebnisse vorangestellt und erst anschließend begründet werden. Um die b i s zur Entscheidung erforderlichen gedanklichen Operationen in der richtigen Reihenfolge erkennen zu können, muß der Betrachter den umgekehrten Weg gehen und - gleichsam in einem nachträglichen Gutachten - den Weg des Gerichts von der Problemstellung zur Lösung noch einmal nachvollziehen. Weiterhin ist zu bedenken, daß die einzelnen Auslegungsstationen häufig nicht ausdrücklich abgegrenzt sind und daß insbesondere nicht immer klar festgestellt wird, welches Auslegungskriterium nun eigentlich die schließlich getroffene Entscheidung trägt. Die Kenntnis der allgemeinen Auslegungsgrundsätze hilft dann jedoch meist weiter.

II. Die Vorschriften zur Lohn- und Gehaltsfortzahlung im Krankheitsfall sind über verschiedene Gesetze verteilt. § 63 HGB regelt die Gehaltsfortzahlung bei kaufmännischen und § 133 c GewO bei gewerblichen Angestellten, § 48 SeemannsG bei Offizieren, sonstigen Angestellten und Besatzungsmitgliedern auf Seeschiffen, § 20 Abs.II BinnenschiffahrtsG bei Angestellten auf Binnenschiffen und § 90 a PreußBergG bei Angestellten im Bergbau. Für die übrigen, nicht unter diese Gesetze fallenden Angestellten ist § 616 BGB die Anspruchs-

grundlage. Bis 1957 fielen auch die Arbeiter unter diese Vorschrift. Für sie gilt jetzt das Gesetz zur Verbesserung der wirtschaftlichen Sicherung der Arbeiter im Krankheitsfall vom 26. Juni 1957 [1] mit Änderung durch das Gesetz vom 12. Juli 1961 [2] [3]. Bei allen unverschuldeten Arbeitsverhinderungen, die n i c h t auf Krankheit beruhen, gilt § 616 BGB jedoch weiter. - - Die Neuregelung der Lohnfortzahlung im Krankheitsfall durch das ArbKrankhG mag es mit sich bringen, daß einige der Auslegungsfragen um den § 616 BGB nicht von u n m i t t e l b a r e r praktischer Bedeutung sind. Die bei der Auslegung gewonnenen Erkenntnisse sind jedoch nach wie vor wertvoll, da sie nicht an eine bestimmte Norm gebunden sind und auch bei der Anwendung anderer Vorschriften nutzbar gemacht werden können. Von besonderem Reiz ist in diesem Zusammenhang auch die Gegenüberstellung älterer und neuer gesetzlicher Normen, die jeweils dasselbe Sachgebiet regeln.

B. Einzelprobleme anhand von Entscheidungen des BAG.

I. Zur Auslegung des § 616 BGB. Umfang des Anspruchs auf Fortzahlung der Arbeitsvergütung.

1) Der II. Senat des BAG hatte in einem Urteil vom 24.2.1955 [4] darüber zu entscheiden, ob der Arbeitnehmer seines Anspruchs auf Lohn- bzw. Gehaltsfortzahlung "für eine verhältnismäßig nicht erhebliche

---

1) BGBl. I, S.649.

2) BGBl. I, S.913.

3) Das Verhältnis des ArbKrankhG zu § 616 BGB wird unten (S.142 ff.) ausführlich behandelt.

4) 2 AZR 10/54 - BAGE Bd.1, S.338 = AP Nr.2 zu § 616 BGB = JZ 1955, S.458 = Betrieb 1955, S.582 = ArbuR 1955, S.255 = SAE 1955, Nr.132.

Zeit" verlustig geht, wenn seine Krankheit längere Zeit dauert, oder ob er auf jeden Fall für die erste, nicht erhebliche Zeit Fortzahlung der Vergütung verlangen kann.

Der Senat hat die Frage im letzteren Sinne beantwortet. Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die Klägerin, Angestellte bei einem Rechtsanwalt, hatte in der Zeit vom 28. November 1951 bis zum 24. Februar 1952 infolge Krankheit der Arbeit fernbleiben müssen. Sie verlangte mit ihrer Klage Gehaltsfortzahlung für sechs Wochen.

Der II. Senat stellt in seiner Begründung zunächst ohne weitere Begründung fest, die wörtliche Auslegung des § 616 Abs.I BGB lasse Zweifel offen, ob der Vergütungsanspruch nur dann weiterbestehen solle, wenn der Beschäftigte lediglich eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit arbeitsunfähig sei, oder ob ihm, auch bei längerer Arbeitsverhinderung, auf jeden Fall ein Vergütungsanspruch für die erste, nicht erhebliche Zeit zustehe.

Sodann geht der Senat auf die frühere Rechtsprechung und das Schrifttum zu diesem Problem ein, wonach die systematische Stellung des § 616 BGB als Ausnahmevorschrift gegenüber § 323 BGB eine enge Auslegung verlange. Der Senat gelangte demgegenüber zu der Ansicht, § 616 Abs.I BGB habe, wenngleich sein Wortlaut unverändert geblieben sei, mit der Neufassung des § 189 RVO durch die Notverordnung des Reichspräsidenten vom 26. Juli 1930 [1] sowie mit der Hinzufügung des Absatzes II zu § 616 BGB durch die Notverordnung vom 5. Juni 1931 [2] hinsichtlich der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit von A n g e s t e l l -

1) RGBl.I, S.311.
2) RGBl.I, S.279.

t e n einen neuen Sinn erhalten. Nachdem in § 616 Abs.II der Anspruch auf Fortzahlung der Vergütung für unabdingbar erklärt worden sei und die Krankenversicherung nach der Neufassung des § 189 RVO von der Leistungspflicht befreit sei, wenn und soweit der Versicherte während der Krankheitszeit Arbeitsentgelt erhalte, habe die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Fortzahlung der Vergütung den Charakter einer Versorgungsleistung zugunsten der Angestellten erhalten. § 616 BGB gewinne so für den Krankheitsfall eine in sich ruhende, selbständige Bedeutung und sei nicht mehr als eine Ausnahmevorschrift gegenüber den allgemeinen Bestimmungen aufzufassen.

Der II. Senat hielt die dem § 616 Abs.I BGB im Falle der Angestellten gegebene Bedeutung darüberhinaus für schlechthin gegeben.

Einmal sei es willkürlich, zwischen der Arbeitsverhinderung eines Angestellten infolge Krankheit und sonstigen unverschuldeten Arbeitsverhinderungen i r g e n d e i n e s Arbeitnehmers aus einem in seiner Person liegenden Grund zu differenzieren.

§ 616 Abs.I BGB sei aber vor allem deshalb weit auszulegen, weil die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Fortzahlung des Arbeitsentgelts Ausfluß der personenrechtlichen Fürsorgepflicht sei. Wenn die Fürsorgepflicht gegenüber einem kurzfristig verhinderten Arbeitnehmer bestehe, müsse sie erst recht bei längerer Arbeitsverhinderung gegeben sein, da diese den Arbeitnehmer stärker belaste. Der Grundgedanke des § 616 BGB erfordere es deshalb, dem Arbeitnehmer auf jeden Fall für die erste, nicht erhebliche Zeit der Arbeitsverhinderung einen Anspruch auf Fortzahlung des Arbeitsentgelts zuzubilligen.

Diese Auslegung des § 616 BGB durch den II. Senat fordert in mehrfacher Hinsicht zur Kritik heraus.

a) Es sei zunächst auf die Rechtslage bis zum Erlaß der Notverordnungen vom 26.7.1930 und vom 5.6.1931 abgestellt.

aa) Der Senat geht zwar richtig vom Wortlaut der Bestimmung aus. Der erste methodische Fehler liegt aber bereits darin, daß summarisch festgestellt wird, der Wortlaut des § 616 Abs.I BGB lasse Zweifel offen, ohne daß diese Feststellung näher begründet wird. Gerade im Hinblick auf die getroffene Entscheidung wäre es hier aber erforderlich gewesen, den möglichen Wortsinn des § 616 Abs.I BGB genau zu ermitteln.

Da der Senat von der ständigen Rechtsprechung [1] und der nahezu einhelligen Meinung im Schrifttum zu dieser Frage [2] abwich, lag es nahe, durch sorgfältige gramma-

---

1) RAG in ARS Bd.6, S.589; Bd.8, S.184; Bd.36, S.171; Bd.38, S.139; Bd.40, S.221; Bd.46, S.242. Vgl. für die Zeit nach dem zweiten Weltkrieg LAG Hannover in AP 1953 Nr.27 = Arb.-R.-Blattei Arbeitsausfall IV, Entsch.2; LAG München in AP 1951, Nr.155 m. Anm. von DERSCH; LAG Hannover in AP 1952, Nr.146; AP 1953, Nr.27 m. Anm. von HUECK; LAG Stuttgart in AP 1953, Nr.146; ArbG Bayreuth in Betrieb 1952, S.867; ArbG Göttingen in AP 1953, Nr.184 = RdA 1952, S.439. Abweichend und im Sinne des II. Senats zunächst LAG Mannheim in Arb.R.-Blattei Arbeitsausfall IV, Entsch. 1 m. ablehnender Anm. von HUECK = Betrieb 1951, S.568; später aber wieder i.S. der h.M. - Arb.-R.-Blattei aaO. Entsch. 4 m. Anm. von GROS = BB 1954, S.193.

2) HUECK bei HUECK-NIPPERDEY (5.Aufl.) S.222; NIKISCH (2.Aufl.) Bd.1 S.507; SCHNORR v. CAROLSFELD (2.Aufl.) S.210; Enn.-LEHMANN S.626; STAUDINGER-NIPPERDEY (9.Aufl.) § 616 Anm.III, 3 c; SOERGEL (8.Aufl.) § 616 Anm.3. -
A.A. DENECKE in BB 1951, S.58; RdA 1953, S.412 ff.; BGB-RGRK (10.Aufl.) Anm. 12 zu § 616; DERSCH in RdA 1952, S.53 ff. (57); Heimeier, Krankheit und Arbeitsverhältnis unter E II, 1 c. - Weitere Nachweise bei TRIESCHMANN in Betrieb 1955, S.800 Anm.1.

tische Auslegung festzustellen, ob es sich dabei wirklich noch um eine "weite Auslegung", bereits um eine Gesetzesergänzung (= Lückenausfüllung) oder gar um eine Gesetzesberichtigung handelte, die, wie der II. Senat selbst einmal eindringlich ausgeführt hat [1], nur unter strengen Voraussetzungen zulässig ist. Zur Abgrenzung der verschiedenen Auslegungsstufen bedarf es stets der Feststellung des Wortsinnes der auszulegenden Vorschrift [2].

Entgegen der Ansicht des II. Senats bietet der Wortlaut des § 616 Abs.I BGB keinen Anlaß, an seinem möglichen Sinn zu zweifeln. Der Wortsinn der Bestimmung geht eindeutig dahin, daß der Arbeitnehmer n u r dann, wenn er eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Arbeitsleistung verhindert ist, einen Anspruch auf Weiterzahlung der Arbeitsvergütung für diese Zeit haben soll. Keinesfalls läßt sich § 616 Abs.I BGB so verstehen, daß der Arbeitnehmer a u f j e d e n F a l l , auch bei längerer Arbeitsverhinderung, für die erste, nicht erhebliche Zeit die Arbeitsvergütung verlangen könne. Die Vorschrift müßte, sollte man ihr auch diese letztere Bedeutung beimessen können, folgenden Wortlaut haben:

> Der zur Dienstleistung Verpflichtete wird des Anspruchs auf die Vergütung für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit nicht dadurch verlustig, daß er durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert wird.

Im Gesetzestext stehen die Worte "für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit" jedoch im zweiten Halbsatz und beziehen sich nicht auf das Objekt "Vergütung". Ist danach der Wortsinn des § 616 Abs.I eindeutig, so

---

1) Urt. vom 27.1.1955 - 2 AZR 479/54 - BAGE Bd.1, S.279 = AP Nr.4 zu § 11 KSchG = NJW 1955, S.807.

2) S. oben S.11.

läßt sich bereits jetzt feststellen, daß die Entscheidung des II. Senats nicht über eine Auslegung i.e.S., sondern nur über eine Gesetzesergänzung oder -berichtigung zu erreichen war.

bb) Auch zur systematischen Stellung des § 616 im BGB - zunächst bis 1930 - sowie zur Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift finden sich in der Entscheidung des II. Senats nur unbefriedigende Andeutungen, indem auf Rechtsprechung und Schrifttum Bezug genommen wird. Auch hier hätte jedoch eine genauere Untersuchung wesentliche Rückschlüsse darüber geben können, wie die Rechtslage vor Erlaß der Notverordnungen von 1930 und 1931 gewesen war. Nur wenn man sich über die ursprüngliche Rechtslage Klarheit verschafft hat, kann man weiter mit der erforderlichen Sicherheit feststellen, inwieweit durch die genannten Verordnungen eine Änderung erfolgte und wie diese bei der Auslegung zu berücksichtigen ist.

§ 562 des 1. Entwurfs zum BGB ähnelte dem § 616 Abs.I in seiner heute geltenden Fassung bereits sehr stark. Er hatte folgenden Wortlaut:

> "Bei einem dauernden, die Erwerbstätigkeit des Dienstverpflichteten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nehmenden Dienstverhältnisse wird derselbe des Anspruchs auf die vertragsmässige Vergütung dadurch nicht verlustig, daß er durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden während einer nicht erheblichen Zeit an der Dienstleistung verhindert wird." 1)

Wie sich aus den Motiven 2) ergibt, waren sich die Mitglieder der mit der Erstellung des Entwurfs beauftragten Kommission darüber einig, daß es sich hier um eine Ausnahme zu dem im Schuldrecht geltenden

1) Entwurf, Amtl. Ausgabe S.122/123.

2) Motive, Amtl. Ausgabe S.463 unten.

Grundsatz "Keine Leistung ohne Gegenleistung" handelte. Die Regelung sollte aus sozialpolitischen Rücksichten und Gründen der Humanität erfolgen und im wesentlichen den Wehrpflichtigen (Reservisten) zugutekommen, die durch kürzere Militärübungen dem Arbeitsplatz fernbleiben mußten. Die Vorschrift sollte jedoch, wie sich aus der weiteren Begründung ergibt [1], auch n u r bei k u r z fristigen Arbeitsverhinderungen eingreifen. An diesem Grundsatz hielt auch die Kommission für die zweite Lesung fest:

> "Einverständnis bestand darüber, daß es sich empfehle, ... nur eine Verhinderung von "verhältnismäßig", d.h. im Verhältnisse zu der vertragsmäßigen Dauer des Dienstverhältnisses nicht erheblichen Dauer zu berücksichtigen. Man ging davon aus, daß der Dienstgeber bei jedem Dienstverhältnisse mit der Möglichkeit verhältnismäßig geringfügiger Verhinderungen des Dienstverpflichteten rechnen müsse." 2).

Da die Fassung des § 562 des Entwurfs zum BGB in den hier interessierenden Punkten im § 616 Abs.I unverändert übernommen worden ist, ist davon auszugehen, daß sich die in der Kommission herrschende Ansicht durchgesetzt hat. § 616 Abs.I BGB war danach als eine Ausnahmevorschrift gegenüber § 323 BGB gedacht.

cc) Die historische Auslegung führt unmerklich weiter zur teleologischen Interpretation. Zweck der Regelung ist, wie sich bereits der Begründung in den Motiven entnehmen läßt, den Dienstverpflichteten in bestimmten Fällen der Arbeitsverhinderung vor unbilligen Härten zu schützen. Der Gesetzgeber stand dabei vor der Aufgabe, einen vernünftigen Ausgleich zwischen den berechtigten Interessen des Dienstverpflichteten und denen des Dienstherrn zu treffen. Er hat es aus der Sicht der damaligen Zeit für richtig befunden, das

---

1) aaO. S.464 oben.

2) Protokolle Bd.II (Schuldrecht), S.280.

Risiko für alle kurzfristigen unverschuldeten Verhinderungen dem Dienstherrn aufzubürden, bei längerer Arbeitsversäumnis jedoch den Dienstverpflichteten selbst mit dem Vergütungsausfall zu belasten.

Die systematische, historische und teleologische Auslegung bestätigt also das Ergebnis der grammatischen Auslegung. Es ergibt sich - um das Ergebnis nochmals zusammenzufassen, daß jedenfalls bis 1930 allgemein n u r bei Arbeitsverhinderungen von verhältnismäßig nicht erheblicher Dauer die Vergütung weiterzuzahlen war. Bei längerem unverschuldeten Fernbleiben von der Arbeit kam § 616 Abs.I BGB nicht zur Anwendung. Die allgemeinen Vorschriften, insbesondere also § 323 BGB, griffen ein: ein Anspruch auf Fortzahlung der Arbeitsvergütung bestand in jenen Fällen nicht.

dd) Bereits kürzere Zeit nach dem Inkrafttreten des BGB, als der soziale Schutz des Arbeitnehmers in Wissenschaft, Rechtsprechung und Gesetzgebung einen breiteren Raum einzunehmen begann, empfand man die Regelung des § 616 BGB als unbefriedigend. Das kommt in den Entscheidungen des RAG immer wieder zum Ausdruck. Dennoch konnte sich das RAG zeit seines Bestehens (also auch nach Erlaß der Notverordnungen in den Jahren 1930 und 1931) nicht entschließen, dem Arbeitnehmer in jedem Fall unverschuldeter Arbeitsversäumnis für eine "verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit" Lohn- bzw. Gehaltsfortzahlung zu gewähren. Es führte immer wieder aus, ein solcher Gedanke sei dem Gesetz fremd, und es sei für eine Neuorientierung der Rechtsprechung nur aufgrund von Billigkeitserwägungen kein Raum [1]. Solche könnten den Gesetzgeber zum Einschreiten veranlassen oder zu tarifvertraglichen Sonderregelungen führen. Der Richter sei jedoch an das Gesetz gebunden

1) RAG vom 9.8.1929 - ARS Bd.6, S.589.

und dürfe nicht lediglich aus Gründen der Billigkeit von ihm abweichen [1]. HUECK betonte in seiner Anmerkung zu der Entscheidung des RAG in ARS Bd.6, S.590 [2] ebenfalls, daß die Regelung des § 616 Abs.I BGB nicht eben glücklich sei, und schlug de lege ferenda eine Änderung vor. Er stellte sich jedoch zugleich nachdrücklich hinter die Entscheidung des RAG, die sich trotz gewisser Bedenken am Gesetz orientiert und damit die Grenzen richterlicher Tätigkeit gewahrt habe. HUECK vertrat damit die Meinung auch des überwiegenden Teils des damaligen Schrifttums [3].

b) Der II. Senat des BAG vertrat nun die Auffassung, mit Erlaß der Notverordnungen vom 5. Juni 1931 [4] und vom 26. Juli 1930 [5] habe § 616 Abs.I - jedenfalls für Angestellte [6] - einen neuen Sinn erhalten. Die Fortzahlung der Vergütung sei nunmehr als eine vom Austauschverhältnis Arbeit-Lohn unabhängige Versorgungsleistung anzusehen, was bei einer aktuellen Auslegung berücksichtigt werden müsse.

Welche Bedeutung den genannten Notverordnungen wirklich zukommt, mag zunächst noch unerörtert bleiben. Auf jeden Fall verdient die Begründung der Entscheidung des II. Senats auch insoweit Kritik.

---

1) RAG vom 29.1.1930 - ARS Bd.8, S.184 ff. (186). Ebenso RAG vom 7.6.1939 - ARS Bd.36, S.171 (175); vom 16.1.1940 - ARS Bd.38, S.139 (145); vom 21.8.1940 - ARS Bd.40, S.221 (222).

2) S. auch die Anm. HUECKs zu der abweichenden Entscheidung des LAG Kassel vom 19.11.1927 in ARS Bd.2, S.95/96.

3) S.36 Anm.2.

4) RGBl. I, S.279.

5) RGBl. I, S.311.

6) Der neu eingefügte § 616 Abs.II bezieht sich auf Angestellte i.S. des Angestelltenversicherungsgesetzes (AnVG), soweit sie nicht in gewerblichen Betrieben, sondern z.B. bei Ärzten, Rechtsanwälten oder im öffentlichen Dienst beschäftigt sind.

aa) Richtig ist zunächst der Gedanke, daß § 616 BGB, falls er jetzt Grundlage eines selbständigen Versorgungsanspruchs für Angestellte im Krankheitsfall ist, seine systematische Stellung im BGB verändert hat und nicht mehr als eine Ausnahmevorschrift gegenüber § 323 BGB, sondern "aus sich selbst heraus" auszulegen ist. - Hat sich aber eine Norm von einer Ausnahmeregelung zu einer systematisch selbständigen Vorschrift entwickelt, so ist es im Rahmen der systematischen Auslegungsstation angezeigt, sie nicht mehr eng (eben als Ausnahme von der allgemeinen Regelung), sondern entsprechend ihrer neuen Stellung und im Rahmen des Wortsinnes "weit" auszulegen.

Abgesehen davon, daß der II. Senat den Wechsel der systematischen Stellung des § 616 BGB nicht näher erläuterte, zog er aus vorstehenden an sich richtigen methodischen Erwägungen zu schnell den Schluß, diese Bestimmung gewähre den Angestellten in jedem Fall, auch bei langdauernder Erkrankung, einen Anspruch auf sechswöchige Gehaltsfortzahlung. Dieser methodische Fehler beruht wesentlich auf der falschen Weichenstellung am Anfang der Entscheidung, wo bei der wörtlichen Auslegung Zweifel über die Bedeutung des § 616 Abs.I offengelassen wurden. Nur so konnte der Senat dazu kommen, seine Entscheidung als das Ergebnis einer "weiten Auslegung" zu bezeichnen. Es wurde jedoch bereits festgestellt, daß der Wortsinn des § 616 Abs.I eindeutig ist und sich die Entscheidung des II. Senats nicht über eine Auslegung i.e.S., sondern nur über eine Rechtsfortbildung erreichen ließ. Die eigentliche Gesetzesauslegung hat, wie eingangs [1] dargestellt wurde, am möglichen Wortsinn der Norm ihre Grenze.

bb) Nun wäre die falsche Bezeichnung als "weite" Auslegung nicht eben schwerwiegend, wenn sich die Begründung

---

1) S. oben S. 11.

des Urteils mittels einer offenen Rechtsfortbildung (Lückenausfüllung oder Gesetzesberichtigung) halten ließe. Auch das ist jedoch nicht der Fall [1]. Geht man mit dem II. Senat davon aus, daß § 616 BGB, soweit er die Angestellten betrifft, seine systematische Stellung im Gesetz geändert hat und jetzt keine Ausnahmeregelung mehr, sondern einen selbständigen Versorgungsanspruch zum Inhalt hat, so ist damit noch nichts darüber gesagt, in welchem U m f a n g den Angestellten diese Versorgung zukommen soll [2]. Insoweit bietet die Begründung des II.Senats auch keinerlei Anhaltspunkte. Wie soll aber einer Entscheidung - noch dazu gegen den Wortlaut des Gesetzes - zuzustimmen sein, wenn sie die juristische Begründung darüber vermissen läßt, warum sie so und nicht anders ausfallen mußte. - Da die etwaige Änderung der systematischen Stellung des § 616 BGB noch keine Veranlassung gibt, gegen den eindeutigen Wortlaut des Gesetzes zu entscheiden und das Urteil weitere Gesichtspunkte nicht erkennen läßt, bleiben lediglich Billigkeitserwägungen. Ist nun auch zuzugeben, daß die Regelung des § 616 BGB heute nicht mehr befriedigt, so muß die Änderung eines solchen Zustandes doch in erster Linie Sache des Gesetzgebers bleiben. Die Gerichte haben nur dann eine Möglichkeit einzugreifen, wenn die weitere Anwendung des Gesetzes einen unerträglichen Spannungszustand schaffen und die Rechtsprechung ihres eigentlichen Anliegens, dem Rechtsfrieden und der Gerechtigkeit zu dienen, berauben würde [3]. Davon kann

---

1) Es sei hier nochmals darauf hingewiesen, daß es bei diesen und allen folgenden Untersuchungen nicht auf das - möglicherweise richtige - Ergebnis, sondern allein auf die M e t h o d e der Rechtsfindung ankommt.

2) Vgl. auch LAG Hannover in AP 1953, Nr.27.

3) So auch G. und D. REINICKE in MDR 1957, S.193 ff. (194).

jedoch nach der Begründung des II. Senats hier keine Rede sein. Das Urteil ist so, wie es begründet ist (!), eine reine Billigkeitsentscheidung ohne juristisch greifbare Grundlage. Bloße Billigkeitserwägungen dürfen jedoch kein Anlaß sein, von einem eindeutig formulierten Gesetz abzuweichen [1]. Die Gestattung von Billigkeitsentscheidungen müßte dazu führen, daß es dem Gutdünken des einzelnen Richters überlassen bleibt, wann er von der Gesetzesgebundenheit frei ist [2]. Mit diesen Ausführungen ist indes keine Abwertung des Begriffes Billigkeit beabsichtigt. Selbstverständlich ist es eine der vornehmsten Aufgaben der Rechtsprechung, den Einzelfall im Rahmen der geltenden Gesetze billig und gerecht zu entscheiden. Generalklauseln und Lockerungsbegriffe bieten dabei eine Handhabe, den stets vorhandenen Gegensatz zwischen Fallgerechtigkeit und Rechtssicherheit zu mildern [2a]. Die Billigkeit allein ist jedoch kein Grund zur offenen Rechtsfortbildung; denn sie ist kein normbildender Faktor, es sei denn, daß sie sich zu einem unabweisbaren Bedürfnis des Rechtsverkehrs oder zu einem rechtsethischen Prinzip verdichtet hat.

cc) Nachdem die Auslegung des § 616 BGB, nicht zuletzt wegen der überaus kurzen und keine methodischen Anhaltspunkte bietenden Darstellung, nicht zu überzeugen vermag, ist es verwunderlich, daß der Senat keine weiteren Argumente zur Stützung des ersten Teils seiner Entscheidung herangezogen hat. Das nach der Anlage der Entscheidung nächstliegende Auslegungsproblem wird an dieser Stelle nicht einmal angerührt: Ist die bisher herrschende Auslegung des § 616 BGB hinsichtlich der

---

1) Vgl. S.40 Anm.1.

2) FORSTHOFF in DÖV 1959, S.41 ff. (S. 44 l.Sp.).

2a) S. oben S. 18.

Angestellten mit dem Gleichheitsgrundsatz des Art.3 Abs.1 GG vereinbar, nachdem den kaufmännischen und gewerblichen Angestellten gemäß §§ 63 HGB und 133 c GewO sowie den unter das SeemannsG, das BinnenschiffahrtsG und das PreußBergG fallenden Angestellten allgemein im Krankheitsfall sechs Wochen lang das Gehalt weitergezahlt wird ? Wäre der Senat dabei zu der Ansicht gekommen, daß eine Ungleichbehandlung der unter § 616 BGB fallenden Angestellten gegenüber den anderen Angestelltengruppen schlechterdings nicht vertretbar und daher willkürlich ist [1], wofür vieles spricht, dann hätte er, da ja nach seiner Ansicht der Wortlaut des § 616 Abs.I BGB mehrdeutig ist, der Bestimmung durch entsprechende verfassungskonforme Auslegung einen neuen Sinn geben können und müssen. Auch dabei hätte sich natürlich wieder die unrichtige grammatische Auslegung am Anfang der Entscheidung ausgewirkt. Eine verfassungskonforme Auslegung ist nur bei mehrdeutigem Wortlaut des Gesetzes möglich, während bei eindeutigem Wortlaut die Normenkontrolle eingreift, bei der die Verfassungsnormen nicht Auslegungs-, sondern Prüfungsmaßstab sind [2].

Zusammenfassend ist also festzustellen, daß die Auslegung des § 616 BGB durch den II. Senat bis zu dieser Stelle zum Teil lückenhaft ist und zum anderen Teil auf logisch unrichtigen Schlüssen beruht. Ob das Ergebnis

---

1) So die Konkretisierung des Gleichheitssatzes durch das BVerfG, s. BVerfGE Bd.12, S.337.
Eine Verletzung des Art.3 Abs.I GG liegt also nicht schon dann vor, wenn eine andere Regelung als die getroffene zweckmäßiger oder gerechter wäre oder den Bedürfnissen nach Gleichheit besser entspräche (BVerfGE Bd.1, S.14 (52); Bd.3, S.162 (183); Bd.9, S.201 (206); Bd.11, S.105 (114 ff.); AP Nr.2 zu § 1 KindGG; BVerfG in DVBl. 1961, S.730 (731); BAG, Urt. vom 18.10.1961 - 1 AZR 75/61 - AP Nr.69 zu Art.3 GG.

2) S. oben S. 19.

- in jedem Krankheitsfalle sechswöchige Gehaltsfortzahlung für Angestellte - letzten Endes richtig ist, mag dahingestellt bleiben; denn es geht um die richtige Rechtsfindungsmethode.

c) Im Verlauf der weiteren Begründung des Urteils vom 24.2.1955 versucht der II. Senat nachzuweisen, daß die neue Interpretation des § 616 BGB nicht nur für Angestellte im Krankheitsfall, sondern schlechthin für alle Arbeitnehmer und in allen Fällen schuldloser Arbeitsversäumnis gelte. Zunächst sei das Augenmerk auf den zweiten Teil der Begründung dieser Ansicht gelenkt. Der Senat führt dort aus, der Charakter des Arbeitsverhältnisses, insbesondere die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, müsse dazu führen, die Rechtsprechung des RAG aufzugeben.

Hier werden äußerst interessante Auslegungsprobleme speziell des Arbeitsrechts angerührt: Wie sind Vorschriften aus dem Dienstvertragsrecht des BGB heute auszulegen, nachdem sich das Arbeitsrecht zu einem selbständigen Rechtsgebiet entwickelt hat ? In welchem Maße kann dabei der das Arbeitsrecht beherrschende Arbeitnehmerschutzzweck berücksichtigt werden, der im BGB-Dienstvertragsrecht nur unvollkommen Ausdruck gefunden hat ? Inwieweit ist insbesondere die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers als Interpretationskriterium zu verwerten ?

aa) Auch dieser zweite Teil der Entscheidung des II. Senats beruht auf einer offenen Rechtsfortbildung [1]. Deshalb ist vorweg folgende methodische Frage zu beantworten: Ist eine Abweichung von den Vorschriften des BGB aus arbeitsrechtlichen Erwägungen im Wege der Lückenausfüllung möglich oder bedarf es dazu einer Gesetzes-

1) S. oben S. 37/38.

b e r i c h t i g u n g ? Das Problem ist von erheblicher praktischer Bedeutung. Ist nämlich der Richter zur Ausfüllung einer Gesetzeslücke stets verpflichtet, da ihm eine Rechtsverweigerung nicht gestattet ist, so ist eine Gesetzesberichtigung, wie bereits am Ende des 1. Abschnitts angedeutet [1], nur unter strengen Voraussetzungen möglich. Gewaltenteilungsprinzip und Rechtssicherheitspostulat verbieten eine weitherzige Gesetzesberichtigung, etwa im Interesse der jeweiligen Zeitströmung.

Eine Abgrenzung der Lückenausfüllung von der Gesetzesberichtigung ist, abgesehen von dem an sich schon fließenden Übergang, nicht zuletzt deshalb schwierig, weil es keine einheitliche Definition des Begriffs "Gesetzeslücke" gibt. Folgte man etwa BINDER [2], nach dessen Ansicht eine Lücke im Recht dann vorliegt, "wenn eine durch unsere gegebenen sozialen und wirtschaftlichen Verhältnisse objektiv begründete Forderung an das Recht in ihm keine Erfüllung findet", so wäre kaum ein Fall der offenen Rechtsfortbildung denkbar, der sich nicht als Ausfüllung einer Gesetzeslücke qualifizieren ließe. Ein ähnlich extensiver Lückenbegriff findet sich bei SAUER [3]. Dort heißt es, eine Lücke sei vorhanden, wenn das Gesetz schweige, "während gerade für einen vorliegenden Sachverhalt eine Norm erwartet wird". Soweit besagt die Definition noch nichts Bemerkenswertes. Wenn es dann aber weiter heißt, e r w a r t e t werde jeweils eine Norm, die zu einem der Rechtsidee entsprechenden Ergebnis führe, so wird wie bei BINDER die Möglichkeit eröffnet, jegliche offene Rechtsfortbildung im Wege der Lückenausfüllung zu vollziehen. Auf jeden Fall wird eine Grenzziehung zur Rechtsfortbildung contra legem bei einem derart extensiven Lückenbegriff von vornherein illusorisch.

---

1) S. oben S.3o.

2) Philosophie des Rechts S.984.

3) Jur. Methodenlehre S.283.

Eine Lücke im Gesetz ist nach richtiger Ansicht dann vorhanden, wenn das Gesetz nach der ihm immanenten Zwecksetzung unvollständig ist [1]. Der dem Gesetz immanente Zweck ergibt sich einmal aus den feststellbaren Wertungen des historischen Gesetzgebers, weiterhin aber auch aus den objektiven Rechtsprinzipien, die das Gesetz - unabhängig vom Willen des historischen Gesetzgebers - beherrschen. Wertmaßstab ist hier aber in jedem Fall das Gesetz s e l b s t . Folgerichtig sind denn auch die der Lückenausfüllung dienenden Argumentationsmittel (Analogie, argumentum a maiore ad minus, Restriktion) ihrem Wesen nach darauf beschränkt, das Gesetz aus sich heraus zu ergänzen.

In allen übrigen Fällen unvollständiger oder unbefriedigender gesetzlicher Regelungen kann man nicht mehr von Lücken sprechen; denn die Bewertung, die zur Feststellung der Unvollständigkeit führt, erfolgt dort nach Maßstäben, die außerhalb des Gesetzes liegen (Verkehrsbedürfnis, Natur der Sache, rechtsethische Prinzipien). Es handelt sich dann um Fehler des Gesetzes [2]. - Gesetzesfehler sind in der Regel vom Gesetzgeber selbst de lege ferenda zu berichtigen. Nur in Ausnahmefällen ist der Richter befugt, selbst korrigierend einzugreifen.

Eine grundsätzliche Abweichung von der Lohnfortzahlungsregelung des § 616 BGB mit Rücksicht auf die Fürsorgepflicht ist danach keine Lückenausfüllung, sondern ein-

---

1) So etwa BIERLING, Jur. Prinzipienlehre Bd.IV, S.383; HECK, Das Problem der Rechtsgewinnung S.36; LARENZ, Methodenlehre S.282.

2) Die unvermeidbaren naturbedingten Schwierigkeiten bei der Abgrenzung zwischen Lücken und Fehlern werden hier sichtbar. Die genannten Bewertungsgrundsätze können nämlich sowohl intra als auch extra legem zur Wirkung gelangen.

deutig eine Gesetzesberichtigung. § 616 BGB hat die Lohnfortzahlung abschließend geregelt, und zwar entsprechend der liberalistisch-schuldrechtlichen Auffassung vom Dienstvertragsrecht als einer Dienstmiete. Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers hat dabei in - für heutige Verhältnisse - geringem Maße Berücksichtigung gefunden. Hält man, nachdem die Fürsorgepflicht eine zentrale Stellung im Arbeitsrecht erlangt hat, die BGB-Regelung für überholt und änderungsbedürftig, so zieht man dabei Wertmaßstäbe heran, die außerhalb des dem BGB immanenten Zweckes liegen, berichtigt das Gesetz also.

Man könnte nun allerdings auch folgendermaßen argumentieren: Gesetzliche Tatbestände sind das Ergebnis sozialer Wertentscheidungen. Eine Norm ist keine bloße (abstrakte) Tatsachenzusammenstellung nebst Rechtsfolgeanordnung, sondern mit einer bereits erfolgten Wertung des Gesetzgebers verknüpft.[1] Hat nun der Gesetzgeber eine Fallgruppe unter bestimmter sozialer Wertung geregelt, ändern sich aber nach längerer Geltungsdauer des Gesetzes die sozialen Anschauungen derart, daß der Gesetzgeber die Materie nunmehr anders regeln würde, so läßt sich von dieser Basis aus eine eigenartige Feststellung treffen: Da der frühere Gesetzgeber die eingetretene Entwicklung nicht absehen konnte, konnte er auch keine Regelung treffen, die nach heutiger Auffassung sozial angemessen wäre. Entsprechend dem gedanklichen Ausgangspunkt, daß ein gesetzlicher Tatbestand (auch) eine soziale Wertentscheidung enthalte, hat der Gesetzgeber jene Fallgruppe unter der heute angezeigten modernen Bewertung nicht gekannt und damit auch nicht geregelt. Es liegt also eine Gesetzeslücke (Regelungslücke) vor, die mit den anerkannten Auslegungsmitteln auszufüllen ist. - Dieser Gedankengang geht indes fehl. Es ist zwar richtig, daß ein gesetzlicher

---

1) Das trifft natürlich nur auf w e r t b e z o g e n e Gesetze zu. Bloße Ordnungsvorschriften seien von dieser Betrachtung ausgenommen.

Tatbestand auch eine soziale Komponente hat. Diese liegt jedoch bereits im rein Tatsächlichen, da die verschiedenen Entwicklungsstufen menschlichen Zusammenlebens naturgemäß auch verschieden geartete Lebenssachverhalte mit sich bringen, die jeweilige Sozialstruktur also dem Sachverhalt sein Gepräge gibt. Die Sozialstruktur ist jedoch nicht identisch mit einer - gleichwie gearteten - Wertentscheidung des Gesetzgebers. Ob der Gesetzgeber eine Gruppe von Lebenssachverhalten nun befriedigend oder unbefriedigend b e w e r t e t hat, es bleibt doch immer derselbe soziale Tatbestand, der geregelt worden ist [1]. So liegt denn auch keine Gesetzeslücke vor, wenn infolge einer Änderung der sozialen Anschauungen eine ältere Norm nicht mehr zeitgemäß erscheint. Wesentlich ist dabei allein, ob der Gesetzgeber den sozialen Tatbestand, wie er sich uns heute darstellt, bereits erkannt und im Gesetz geregelt hat [2]. - Im Fall der Lohnfortzahlung ist das zu bejahen. Die industrielle Revolution war am Ende des 19. Jahrhunderts bereits im wesentlichen abge-

---

1) "Wertbetrachtung und Seinsbetrachtung liegen" - wie RADBRUCH (Rechtsphilosophie, 5.Aufl., § 2, S.97) sagt - "als selbständige, je in sich geschlossene Kreise nebeneinander".

2) Umgekehrt besteht auch dann keine Lücke im Gesetz, wenn der Gesetzgeber eine allgemeine Regelung getroffen, bestimmte Sachverhaltsgruppen dabei jedoch nicht berücksichtigt hat, weil er sie entweder nicht erkannt hat oder weil sich die Sozialstruktur nach Inkrafttreten des Gesetzes entscheidend geändert hat. Eine Ergänzung des Gesetzes aus dem ihm immanenten Zweck ist dann ebenfalls nicht möglich (unrichtig MAYER-MALY in JZ 1961, S.207 r.Sp.). So hat der BGB-Gesetzgeber z.B. das soziale Phänomen des Kollektivs noch nicht berücksichtigt, etwa durch eine besondere Haftungsregelung bei Leistungsstörungen. Hier blieb es dem RG vorbehalten, durch eine Neuverteilung des gesteigerten Betriebsrisikos (Sphärentheorie) eine über das BGB hinausgreifende, dem Arbeitsleben gerechte Lösung zu finden (RGZ Bd.106, S.272). Mag auch diese erste bahnbrechende Entscheidung des RG zum Betriebsrisiko noch mit dem Wortsinn der §§ 323 ff. vereinbar sein; die heutige Lehre,

schlossen; es gab in Deutschland ein Heer von Industriearbeitern, so daß der BGB-Gesetzgeber bereits vielen Problemen des modernen Arbeitslebens gegenüberstand [1]. Er hat u.a. auch die wirtschaftlichen Schwierigkeiten erkannt, denen sich der Arbeitnehmer gegenübersieht, wenn aus irgendwelchen Gründen das Arbeitsverhältnis gestört wird. Das ergibt sich bereits aus der Existenz einer Lohnfortzahlungsregelung. Der BGB-Gesetzgeber hat dieses Problem, wie auch im übrigen

---

wonach der Arbeit g e b e r grundsätzlich das Betriebsrisiko trägt, wenn die Arbeit - auch ohne sein Verschulden - aus im Betrieb liegenden Gründen nicht geleistet werden kann, läßt sich mit dem BGB nicht mehr in Einklang bringen (vgl. statt vieler HUECK-NIPPERDEY aaO. Bd.I, S.316 ff. (321) m.w.Nachw.). - Methodisch interessant ist in diesem Zusammenhang auch eine Entscheidung des GS des BAG vom 16. März 1962 (GS 1/61 (2/62) - AP Nr.19 zu § 1 HausarbTagsG NRW). Dort wird eine restriktive Auslegung des § 1 des HausarbTagsG NRW aufgrund der seit seinem Inkrafttreten (1948) veränderten sozialen Verhältnisse (Arbeitszeitverkürzung) für erforderlich erachtet. § 1 jenes Gesetzes macht den Anspruch auf einen monatlichen Hausarbeitstag allein davon abhängig, daß die Arbeitnehmerin einen eigenen Hausstand hat und durchschnittlich mehr als 40 Wochenstunden arbeitet. - Der Anspruch ist nach Ansicht des GS jedoch nicht gegeben, wenn die Arbeitnehmerin bei einer Arbeitszeitverkürzung von mindestens 8 Stunden im Monat gegenüber der gesetzlichen Arbeitszeit von 48 Stunden wöchentlich oder 96 Stunden in der Doppelwoche an vier Werktagen im Monat üblicherweise arbeitsfrei gestellt ist. Wenn diese Entscheidung vom Ergebnis her auch begrüßenswert ist, so ist doch sehr zweifelhaft, ob sie sich im Wege einer R e s t r i k t i o n erreichen ließ. Der Gesetzgeber hat die inzwischen erfolgte Verkürzung der Arbeitszeit seinerzeit nicht berücksichtigt und auch noch nicht berücksichtigen können. Es wird deshalb davon auszugehen sein, daß der GS mit Hilfe außerhalb des Gesetzes liegender objektiv-teleologischer Kriterien eine offene Rechtsfortbildung vorgenommen hat.

1) Besonders angesichts der zeitgenössischen Kritik am Entwurf zum BGB. Vgl. O.v. GIERKE, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht, S.245 ff.; A. MENGER, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, S.104 ff.

Dienstvertragsrecht, auf eine noch liberalistisch beeinflußte Weise gelöst; der heutige Gesetzgeber hat 1957 mit dem ArbKrankhG eine fortschrittlichere Regelung geschaffen. Eine Lücke war jedoch deshalb vorher im BGB nicht vorhanden; denn die Lohnfortzahlung war dort eben eindeutig u n d abschließend geregelt. Eine Änderung des § 616 BGB war - wie bereits ausgeführt - nur unter Heranziehung außerhalb des Gesetzes liegender Kriterien, also durch offene Rechtsfortbildung contra legem,denkbar.

Damit ist der methodische Weg zunächst einmal grob abgesteckt. Die weitere Frage ist, ob und inwieweit die Möglichkeit besteht, unter Berufung auf die Fürsorgepflicht eine Norm zu berichtigen.

bb) Mit der Überwindung der liberalistischen Anschauungen des 19. Jahrhunderts begann sich das Arbeitsrecht vom allgemeinen Obligationenrecht zu lösen, weil man erkannte, daß das Arbeitsverhältnis verschiedene wesentliche Merkmale aufweist, die den übrigen Schuldverhältnissen wie Kauf, Leihe, Darlehen etc. fremd sind. In erster Linie fällt dabei ins Gewicht, daß der Arbeitnehmer mit seiner Arbeitskraft einen Teil seiner Persönlichkeit d a u e r n d in den Dienst des Arbeitgebers stellt und weitgehend dessen Weisungen hinsichtlich der Art und Weise der Arbeitsleistung unterworfen ist. Weiter zeichnet sich das Arbeitsverhältnis dadurch aus, daß das Entgelt die Hauptquelle des Lebensunterhalts für den Arbeitnehmer ist [1]. Ob man das Arbeitsverhältnis deshalb als ein "personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis" [2] oder - wohl richtiger -

---

1) BGH in NJW 1953, S.1465. Vgl. FARTHMANN in RdA 1960, S.8; HUECK-NIPPERDEY aaO. Bd.I, S.25.

2) So HUECK-NIPPERDEY aaO. Bd.I, S.116; NIKISCH aaO. Bd.I, S.31,148; ganz weitgehend FREY in AuR 1953, S.170 unter III, 5, der das Arbeitsverhältnis mit der Ehe vergleicht.

als ein "personenbezogenes Rechtsverhältnis" [1] bezeichnen soll, mag hier dahingestellt bleiben. Wesentlich bei der rechtlichen Behandlung des Arbeitsverhältnisses ist, daß Arbeitgeber und Arbeitnehmer aufgrund ihrer persönlichen Verbundenheit in einem Maße zur gegenseitigen Rücksichtnahme gehalten sind, das weit über die Pflichten hinausgeht, bei deren Verletzung im allgemeinen Schuldrecht eine positive Vertragsverletzung gegeben ist.

Des weiteren ist zu berücksichtigen, daß der Arbeitnehmer aufgrund seiner abhängigen Stellung gegenüber dem Arbeitgeber eines besonderen Schutzes bedarf und daß eine Verwirklichung dieses Schutzes im Interesse einer ruhigen gesellschaftlichen Entwicklung (heute zudem kraft Verfassungsauftrags, Art.20 Abs.I GG) ein besonderes Anliegen des Staates sein muß. Das Arbeitsrecht ist deshalb in erster Linie ein Arbeitnehmerschutzrecht [2]. Ein Ausfluß der Personenbezogenheit des Arbeitsverhältnisses und des allgemeinen Schutzprinzips [3] ist die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers [4].

---

1) So insbesondere SIEBERT in Handwörterbuch der Soz.-Wissenschaften Bd.I, S.377/378; ders. in RdA 1958, S.366; ders., Faktische Vertragsverhältnisse S.83 ff.; FARTHMANN in RdA 1960, S.9.

2) Eine Parallelerscheinung ist die Entwicklung des Rechts der Raummiete in den letzten Jahrzehnten. Infolge des nach zwei Kriegen zutage getretenen Wohnraummangels hat sich dieses Rechtsgebiet weitgehend vom Schuldrecht des BGB gelöst und zu einem M i e t e r s c h u t z r e c h t entwickelt.

3) DERSCH (in Festschr. f. Herschel S.71 ff. (73/74) tritt dafür ein, die vertragliche Fürsorgepflicht vom allgemeinen arbeitsrechtlichen Schutzprinzip zu trennen.
Das Schutzprinzip wird hier jedoch als Quelle der Fürsorgepflicht mitgenannt, weil sich die besondere Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers durch das Medium der Fürsorgepflicht auch im vertraglichen Raum auswirkt. Das wird deutlich, wenn man die einzelnen Fürsorgepflichten des Arbeitgebers mit den ganz andersartigen Treuepflichten des Arbeitnehmers vergleicht.

4) HUECK-NIPPERDEY aaO. Bd.I, S.358; FARTHMANN in RdA 1960, S.8 ff. - FECHNER in RdA 1955, S.161 und Gerhard MÜLLER in Betrieb 1956, S.259 und 524 ziehen das Sozialstaatsprinzip zur Begründung heran.

Zunächst hatte die Fürsorgepflicht in verschiedenen Gesetzen eine Einzelausgestaltung erfahren, so etwa in den §§ 617 bis 619 BGB und den §§ 62, 76 HGB. § 616 BGB wird in der Lit. eigenartigerweise als Beispiel für einen gesetzlich geregelten Fall der Fürsorgepflicht nur selten mitgenannt. Wahrscheinlich ist das darauf zurückzuführen, daß § 616 BGB allgemein bloß in seiner Gestalt als Ausnahmevorschrift gegenüber § 323 gesehen wird. Diese Stellung widerspricht indes dem Fürsorgecharakter nicht, zumal, wenn man die sozialen Gesichtspunkte berücksichtigt, die zur Schaffung des § 616 geführt haben [1]. - Angesichts der Entwicklung des modernen Arbeitslebens stellte sich heraus, daß die über Einzelgesetze verstreuten Regelungen die Fürsorgepflicht keineswegs erschöpfen, diese vielmehr das gesamte Arbeitsverhältnis aufgrund seines personenrechtlich-schuldrechtlichen Charakters als Gestaltungsprinzip beherrscht. Die Fürsorgepflicht fand deshalb erstmalig in der Generalklausel des § 2 AOG allgemeine gesetzliche Anerkennung. Eine solche allgemeine Norm fehlt aber wieder, nachdem das AOG durch das KRG Nr.40 vom 30.11.1946 [2] aufgehoben worden ist. Wissenschaft und Rechtsprechung mußten sich deshalb nach dem Kriege bemühen, einen großen Teil des Wirkungsbereichs der Fürsorgepflicht extra legem zu umreißen. Daß man dabei zum Teil am Entwicklungsstand der Zeit vor Inkrafttreten des AOG anknüpfte, ist nur natürlich [3].

Am stärksten und zugleich am leichtesten erkennbar tritt die Fürsorgepflicht in Erscheinung, wenn sie gesetzlich festgelegt ist. Sie braucht dabei nicht als solche bezeichnet zu sein und ist es auch meist nicht.

---

1) S. oben S. 38.

2) Amtsbl. Kontr.-R. S.229.

3) Vgl. DERSCH in Festschr. f. Herschel S.71 ff. (73); ders. in RdA 1949, S.325.

In der Regel lassen sich gesetzliche (privatrechtliche) Pflichten des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer, die über das Austauschverhältnis Arbeit - Lohn hinausgehen, der Fürsorgepflicht zuordnen, so z.B. das Urlaubsrecht, ferner die bereits erwähnten §§ 617 bis 619 BGB, 62 und 76 HGB. Auch die Vorschriften über die Lohn- und Gehaltsfortzahlung bei unverschuldeten Dienstverhinderungen sind hierherzurechnen, da den Leistungen des Arbeitgebers keine direkten Austauschleistungen gegenüberstehen. - Besondere methodische Probleme ergeben sich insoweit nicht. Der Schutzzweck aller dieser Vorschriften läßt sich, wenn Zweifel auftauchen, im Rahmen der teleologischen Auslegung berücksichtigen.

Über die gesetzlich normierten Fälle hinaus stellt die Fürsorgepflicht ein wesentliches Auslegungskriterium im Arbeitsrecht dar [1]. Ist der Sinn einer gesetzlichen Vorschrift nicht klar zu erkennen, ist sie unzweckmäßig oder unangemessen oder entspricht der Wille des historischen Gesetzgebers nicht den heutigen sozialen Vorstellungen, dann ist der Auslegung der Vorzug zu geben, die dem Fürsorge- und Schutzgedanken am besten Rechnung trägt [2]. Es sei hier jedoch nochmals auf den Unterschied zwischen Auslegung i.e.S. und offener Rechtsfortbildung hingewiesen. Die Fürsorgepflicht wird als A u s l e g u n g s kriterium nur dann bedeutsam, wenn sie im Rahmen des möglichen Wortsinnes einer Vorschrift berücksichtigt werden kann. Keinesfalls ist es ohne weiteres zulässig, eine arbeitsrechtliche Norm entgegen ihrem eindeutigen Wortlaut arbeitnehmerfreundlich anzuwenden [2a]. Der Auslegende ist in diesen Fällen grund-

1) SITZLER in Arb.-R.-Blattei unter Fürsorgepflicht I, Übersicht A V, 3; NIKISCH, Lehrbuch Bd.I, S.30, 470.

2) NIKISCH, Lehrbuch Bd.I, S.30; HUECK-NIPPERDEY aaO. Bd.I, S.27 oben.

2a) Vgl. oben S. 17.

sätzlich an die Ausgestaltung der Fürsorgepflicht durch den Gesetzgeber gebunden [1]. Jede Entscheidung contra legem beruht nicht mehr auf einer Auslegung i.e.S., sondern auf einer offenen Rechtsfortbildung.

cc) Inwieweit kann nun die arbeitsrechtliche Fürsorgepflicht eine Gesetzesdurchbrechung rechtfertigen ?

Das RAG hat in ständiger Rechtsprechung den Standpunkt vertreten, daß der Unternehmer aufgrund seiner Fürsorgepflicht auch dann zur Lohnzahlung verpflichtet sei, wenn für den Arbeitnehmer keine Möglichkeit zur Arbeitsleistung bestehe, dies jedenfalls dann, wenn der Arbeitgeber das Risiko für die Unmöglichkeit der Arbeit zu tragen habe [2]. Das RAG hat damit die §§ 323 bis 326 BGB insoweit als für das Arbeitsrecht nicht anwendbar erklärt. Das RG ging in seiner - diese Rechtsprechung einleitenden - Entscheidung zum Betriebsrisiko sogar noch weiter und führte aus, daß man, um zu einer befriedigenden Lösung von Arbeitsstreitigkeiten zu gelangen, nicht von den Vorschriften des BGB ausgehen dürfe, sondern daß man die sozialen Verhältnisse ins Auge fassen müsse, wie sie sich seit Inkrafttreten des BGB entwickelt und in der Gesetzgebung auch ausdrückliche Anerkennung gefunden haben [3]. Einen ähnlich radikalen "Abschied vom BGB" vollzog auch das LAG Stutt-

---

1) Vgl. HUECK-NIPPERDEY aaO. Bd.I, S.27 Fußn. 4, wo als gutes Beispiel für eine verfehlte und über das Ziel hinausschießende Rechtsprechung die Entscheidung des RG in Bd.68, S.317 zu den §§ 122, 133 a GewO, 67 HGB angeführt wird. Entgegen dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes, wonach die Kündigungsfristen für Arbeitgeber und Arbeitnehmer gleich sein müssen, hatte das RG dort entschieden, daß für den Arbeitnehmer wohl eine längere, nicht aber eine kürzere Frist vereinbart werden könne.

2) RAG in ARS Bd.22, S.18 = DR 1940, S.259; Bd.37, S.231; Bd.43, S.168.

3) RGZ Bd.106, S.275, die schon erwähnte Entscheidung zur Sphärentheorie.

gart, wenn es ausführte, mit der Anerkennung des Arbeitsverhältnisses als eines besonderen Rechtsinstitutes könnten die Vorschriften des BGB nicht mehr unmittelbar angewendet werden; es bedürfe vielmehr in jedem Fall einer Prüfung, ob seine Rechtsnatur deren Anwendung zulasse oder nicht [1].

Der BGH vertrat einmal die Ansicht, daß die Vorschriften des BGB, namentlich des gegenseitigen Vertrages, nur insoweit anwendbar seien, als sie sich mit dem - als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis - gekennzeichneten Wesen des Arbeitsverhältnisses vereinbaren lassen [2]. Mit dem Hinweis auf die das Arbeitsverhältnis beherrschende Fürsorgepflicht des Arbeitgebers versuchte auch der II. Senat des BAG in der hier untersuchten Entscheidung, den § 616 Abs.I BGB teilweise zu durchbrechen, wenn er dies auch in die Form einer "weiten Auslegung" kleidete.

Welche methodischen Grundsätze beim Abweichen von BGB-Vorschriften im Arbeitsrecht zu beachten sind, läßt sich den Gründen aller jener Entscheidungen nicht entnehmen [3]. Eine methodische Basis ist aber als "Wegweiser" [4] zur Rechtsfortbildung dringend erforderlich, will man verhindern, daß die Rechtsprechung in einen Nur-Pragmatismus abgleitet, sich auf bloße Billigkeitserwägungen stützt und damit ihre Vorausberechenbarkeit einbüßt. Das schließt selbstverständlich nicht aus, daß das Arbeitsrecht, nachdem es sich teilweise vom BGB gelöst h a t , unabhängig von diesem seine eigene Struktur gewinnt.

---

1) AP Nr.2 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers (Bl.2).

2) BGH in NJW 1953, S.1965.

3) Das Fehlen eines allgemein anerkannten Lückenbegriffs mag mit eine Ursache dieses sehr pauschalen "Abschieds vom BGB" sein (vgl. oben S. 46 ff.).

4) Der Ausdruck stammt von LARENZ (Festschrift f. NIKISCH, S.275 ff., insbes. S. 280).

Eine Untersuchung des Problems, welche Gestaltungskraft die Fürsorgepflicht als Ausfluß der Personenbezogenheit des Arbeitsverhältnisses bei der Rechtsfortbildung hat, muß bei § 242 BGB beginnen, ist doch die Fürsorgepflicht nichts anderes als eine Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben im Arbeitsrecht, indem eine Gruppe von Treupflichten, nämlich die Fürsorge- und Obhutspflichten, dieses Rechtsgebiet in speziell auf seine Bedürfnisse zugeschnittener Form verstärkt beeinflussen [1].

§ 242 BGB hat in erster Linie die Funktion, die hinter einer formalen Erscheinung (hier: Vertragsverhältnis) stehenden immanenten Rechtsgedanken sichtbar und wirksam zu machen [2]. Die Generalklausel dient somit einmal der Konkretisierung des gesetzlichen Ordnungsplanes, des weiteren als Maxime rechtsethischen Verhaltens [3]. Der Grundsatz "Treu und Glauben" läßt sich danach den rechtsethischen Prinzipien [4] zuordnen; denn er ist, ohne selbst eine oberste Norm zu sein, ein Maßstab rechtlicher Normgebung, der auch ohne ausdrückliche gesetzliche Verankerung unsere Rechtsordnung beherrschen würde [5]. Der Wirkungsbereich des in § 242 BGB verkörperten Prinzips wird denn auch weit über das Schuldrecht und sogar das Zivilrecht hinaus anerkannt.

---

1) SIEBERT bei SOERGEL-SIEBERT aaO. Anm.72 zu § 242; DERSCH in RdA 1949, S.326 r.Sp.; HUECK-NIPPERDEY aaO. Bd.I, S.357; SITZLER, Arb.-R.-Blattei unter Fürsorgepflicht A II.

2) SIEBERT bei SOERGEL-SIEBERT aaO. Anm.3 zu § 242.

3) WIEACKER, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, S.17 ff. WIEACKER spricht hier von "Funktionsschichten" des § 242. Eine ähnliche Aufteilung findet sich auch bei ESSER, Schuldrecht § 31 (S.99 ff.); LEHMANN, Schuldrecht S.19 ff.; SIEBERT bei SOERGEL-SIEBERT aaO. Anm.38 zu § 242.

4) S. Einleitung S.16, 25 ff.

5) Vgl. DERSCH in RdA 1949, S.326 r.u.

Ob dieses Prinzip auch Gesetzesrecht zu durchbrechen vermag, ist allerdings nicht unbestritten [1]. Dieses Problem soll jedoch nicht weiter verfolgt werden; denn bei der arbeitsrechtlichen Fürsorgepflicht, die hier interessiert, liegen die Dinge insoweit anders. Wenn auch ihre Wurzeln im allgemeinen Grundsatz "Treu und Glauben" liegen, so hat sie doch, wie bereits dargestellt, eine wesentlich zentralere und stärkere Funktion als die direkt aus § 242 BGB abzuleitenden Fürsorge- und Obhutspflichten im Schuldrecht des BGB. Da das Arbeitsverhältnis personenbezogen ist, nicht nur den Austausch Arbeit gegen Lohn zum Inhalt hat und der Arbeitnehmer zudem eines besonderen Schutzes bedarf, ist die Fürsorgepflicht - entsprechend auch die Treuepflicht des Arbeitnehmers - zu einer Grundpflicht des Arbeitgebers neben der Lohnfortzahlungspflicht geworden [2], aus der nach allgemeiner Ansicht nicht nur Nebenpflichten [3], sondern auch selbständige Hauptpflichten abgeleitet werden können [4]. So wurde z.B. die Pflicht zur Urlaubsgewährung ursprünglich allein mit der Fürsorgepflicht begründet, bevor sie gewohnheitsrechtlich erstarkte und schließlich gesetzlich

---

1) Dagegen SIEBERT bei SOERGEL-SIEBERT aaO. Anm.34 zu § 242. § 242 ist nach seiner Ansicht lediglich "der zum Korrekturprinzip erhobene Ausgleich zu der Selbständigkeit der Form, die mit institutionellen Rechtsgarantien einhergeht". So wohl auch ESSER, Grundsatz und Norm S.151.
WIEACKER aaO. S.17 ff. vertritt demgegenüber den Standpunkt, § 242 sei in seiner dritten Funktionsschicht ein Mittel zur rechtsethischen Durchbrechung des Gesetzesrechts. Vgl. auch ENNECCERUS-LEHMANN aaO. S.21.

2) DERSCH in Festschrift f. Herschel S.73; ders. in RdA 1949, S.326 r.u.

3) So noch das RAG in ARS Bd.23, S.170; Bd.43, S.261. Danach konnte die Fürsorgepflicht (damals in Gestalt des § 2 AOG) keine unmittelbaren Ansprüche begründen, stellte vielmehr n u r ein Auslegungsmoment für v o r h a n d e n e zivilrechtliche Ansprüche dar.

4) SIEBERT bei SOERGEL-SIEBERT aaO. Anm.72 zu § 242; SITZLER in Arb.-R.-Blattei Fürsorgepflicht I, Übersicht A V, 2; NIKISCH, Lehrbuch Bd.I, S.483.

normiert wurde. Das allgemeine rechtsethische Prinzip "Treu und Glauben" hat sich also aufgrund der Natur der Sache, nämlich der Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses, zur Fürsorgepflicht verstärkt, spezialisiert und umgebildet [1]. Vermag aber die Fürsorgepflicht selbständige Hauptpflichten außerhalb des gesetzlichen Rahmens zu begründen, so muß, wenn man überhaupt die Möglichkeit einer Rechtsfortbildung contra legem bejaht, grundsätzlich auch die Möglichkeit bestehen, daß sie gesetzlich bereits geregelte Hauptpflichten - auch gegen den eindeutigen Wortlaut des Gesetzes - erweitert. Es handelt sich dabei im Prinzip um keinen anderen Fall als bei der Neubegründung von Pflichten [2]. Dabei ist allerdings von vornherein sorgsam darauf zu achten, daß die Fürsorgepflicht nicht überspannt wird. Nicht jede fürsorgerische Leistung des Arbeitgebers begründet bereits eine dauernde, n o t w e n d i g e Verpflichtung. So hat sich z.B. die von vielen größeren Unternehmen eingeführte freiwillige Zahlung eines Ruhegeldes bis heute noch nicht zu einer allgemeinen R e c h t s p f l i c h t verdichtet. Daß die Ruhegeldzahlung im Verlauf der zukünftigen Entwicklung des Arbeitsrechts einmal zu einer aus dem Arbeitsverhältnis abzuleitenden primären Pflicht des Arbeitgebers wird, ist andererseits nicht auszuschließen [3].

---

1) LARENZ in Festschrift f. Nikisch S.284/285; vgl. auch HUECK, Der Treugedanke im modernen Privatrecht S.15.

2) Die von REWOLLE in RdA 1954, S.258 ff. (260) hiergegen geäußerten Bedenken sind nicht grundsätzlicher Art, sondern gehen davon aus, daß für eine Erweiterung der Fürsorgepflicht gegenwärtig kein Raum sei; ebenso DERSCH in Festschrift f. Herschel S.71 ff. (73). In diesem Sinne wohl auch LAG Hamm in Betrieb 1951, S.800; LAG Hannover in AP 1953, Nr.27, Nr.166; LAG Hamm in AP 1952, Nr.146; Hueck, Anm. zu LAG Heidelberg in RdA 1950, S.32.

3) Gegen eine Überspannung der Fürsorgepflicht richtet sich auch die Polemik SCHLESSMANNs in Betrieb 1952, S.470; vgl. auch DERSCH in Festschrift f. Herschel S.71 ff. (76).

dd) An welchen juristischen Grundsätzen soll sich nun der Richter orientieren, wenn er vor einem solchen Rechtsfortbildungsproblem steht ?

Die Gerichte haben bei der Rechtsfortbildung, wie bereits im einleitenden Teil angedeutet wurde [1], nur eine beschränkte Gestaltungsmöglichkeit. Da ihre Aufgabe Recht s p r e c h u n g , nicht aber Recht s e t z u n g ist, ist es ihnen verwehrt, rechtspolitische Wünsche gleich dem Gesetzgeber selbsttätig zu verwirklichen [2]. In seinem Vortrag auf dem 32. Deutschen Anwaltstag 1963 spricht ARNDT [2a] von der B a s i s f u n k t i o n des Gesetzes. Jeder Gesetzesbeschluß sei zugleich eine Entscheidung über Wahrheit, freilich in so allgemeiner Art, daß sie mit den Mitteln des gerichtlichen Beweises nicht getroffen werden könnte [2b]. Auch der Richterspruch sei zwar ein Wahrspruch, aber angesichts des Umfanges der Rechtskraft auf den jeweiligen Einzelfall beschränkt. Rechtsprechung sei danach R e c h t s v e r v o l l s t ä n d i g u n g (= Wahrheitsvervollständigung) und dürfe in keinem Fall die Verbindung mit der gesetzlichen Basis verlieren [2c]. Wenn ARNDT sich dann nachdrücklich gegen die Zulässigkeit von Entscheidungen contra legem ausspricht, so steht er damit im Gegensatz zur Praxis der letzten Jahrzehnte. - Allerdings ist auch heute noch, nach der Abkehr vom Positivismus, das Gesetz des Richters Sanctissimum. Er kann seinen Entscheidungen nur das zugrunde legen, was bereits rechtens ist, wobei aber auch außergesetzliche Kriterien mit normbildender Kraft

---

1) S. 3o.

2) Vgl. FORSTHOFF in DÖV 1959, S.42.

2a) Gesetzesrecht und Richterrecht, abgedruckt in NJW 1963, S.1273 ff.

2b) aaO. S.1276 l.Sp.

2c) aaO. S.1280 r.Sp.

als Entscheidungsbasis in Betracht kommen können. Voraussetzung für die Heranziehung solcher Kategorien zum Zwecke der Rechtsfindung ist nach ESSER, daß sie entweder rechtslogischen Ableitungswert in einem positiven System besitzen oder spezifisch juristischer Argumentation ex aequo et bono oder aus der Natur der Sache zugänglich sind [1]. LARENZ [2] konkretisiert diese richterliche Tätigkeit näher und führt fünf Ansatzpunkte als "Wegweiser" zur richterlichen Rechtsfortbildung an: die Natur der Sache, die Fallvergleichung, die entwickelte Lehre, Grundsätze und Prinzipien des historischen Rechtsganzen und schließlich die Rechtsidee [3]. Es handelt sich dabei um eine Zusammenstellung in der Praxis allgemein anerkannter und angewandter Mittel der Rechtsfindung. Während allerdings die Natur der Sache und die Rechtsidee sowohl Gründe zur Rechtsfortbildung [4] als auch Erkenntnisquellen hierzu sind, haben die übrigen drei von LARENZ genannten "Wegweiser" nicht diesen doppelten Charakter; sie sind lediglich juristische Argumentationsmittel. -

---

1) ESSER in JZ 1953, S.523. Zustimmend Reimer SCHMIDT (Bericht von REICHERT-FACILIDES über einen Vortrag vor der Gesellschaft Hamburger Juristen in JZ 1955, S.396 f.). WIEACKER, Rechtstheoretische Präzisierung S.18 spricht in diesem Zusammenhang von dem "Gesamtbestand an anerkannten Entscheidungen, rationes decidendi, Maximen, Regeln und Leitsätzen, die in einer gegebenen Jurisprudenz zu allgemeingültiger Konvention geworden sind". Vgl. auch BRECHER in Festschrift f. Nikisch S.247.

2) Festschrift f. Nikisch S.281.

3) Idee des geltenden Rechts ist - durchaus im Sinne der platonischen Metaphysik - die Gerechtigkeit, einer der Leitgedanken aller Rechtsetzung und Rechtsprechung (s. oben S.2). Als unerreichbares Ideal ist sie von vornherein durch die Forderung nach Rechtssicherheit und Praktikabilität eingeschränkt. Vgl. zur Rechtsidee die Zusammenfassung bei STERN, Gesetzesauslegung und Auslegungsgrundsätze des BVerfG, S.19 ff. m.w.Nachw.

4) LARENZ, Methodenlehre, S.305 ff.; s. auch oben S. 24 ff.

Nur bei Beachtung dieser Grundsätze bleibt gewährleistet, daß der Richter seine Entscheidungen nicht auf Billigkeitserwägungen stützt, sondern auf abstrakt formulierbare, zum Rechtsbestand gehörende Normen, die sich freilich in jedem späteren Einzelfall erneut richterlicher Prüfung stellen müssen [1]. Der II. Senat des BAG hat das selbst einmal eindeutig ausgesprochen. Es heißt in jener Entscheidung: [2]

> "Vorbedingung für solche abändernde Auslegung ist jedoch, daß objektive Grundlagen für die Wandlung der Rechtsanschauung und des Rechts vorhanden sind, sei es eine von der früheren Anwendung abweichende allgemeine, insbesondere tarifliche Übung, seien es neuere Gesetze, Verwaltungsvorschriften oder -maßnahmen auf gleichen oder ähnlichen Rechtsgebieten, die den neuen Rechtsgedanken schon verwirklicht haben. Dagegen genügen nicht vereinzelte Äußerungen im Schrifttum oder von bestimmten Kreisen geäußerte Wünsche oder soziale Forderungen, insbesondere auch nicht das persönliche Rechtsgefühl des Richters"3).

Den Ausführungen ist im Grundsatz voll beizupflichten. Problematisch sind sie nur insoweit, als der Senat tarifliche Übung, Verwaltungsvorschriften und -maßnahmen als Kriterien für eine Wandlung der Rechtsanschauungen wertet. Tarifverträge enthalten zwar Normen, stehen aber im Rang unter dem Gesetz. Verwaltungsvorschriften oder -maßnahmen jedoch entfalten schlechthin gar keine normative Kraft. Allein ihre Existenz vermag deshalb auch kein Gesetzesrecht zu durchbrechen. Es muß noch etwas mehr hinzukommen, um dem Richter die Möglichkeit einer Entscheidung contra legem zu geben. Dieses Mehr ist ein

---

1) ESSER, Grundsatz und Norm S.289.

2) BAG, Urt. vom 27.1.1955 - 2 AZR 479/54 - BAGE Bd.1, S.279 = AP Nr.4 zu § 11 KSchG = NJW 1955, S.807.

3) Vgl. auch DENECKE in RdA 1953, S.412; WENZEL in JZ 1960, S.713 (716); WEINKAUFF, Richtertum und Rechtsfindung, S.27; BGHZ Bd.4, S.158; Bd.13, S.360, 370.

zu fordernder allgemeiner Rechtsgeltungswille (also nicht nur eine tatsächliche Übung) der beteiligten Kreise. Die vom II. Senat angeführten Tatsachen können demnach zwar Indizien für eine neue Rechtsentwicklung sein, finden jedoch keineswegs eo ipso Eingang in das Rechtssystem [1]. Mit dieser Entschränkung verdient die Entscheidung des Senats Zustimmung.

Um diese Erörterung vorläufig abzuschließen: Die Gerichte können nicht von ungefähr rechtspolitisch wünschenswerte Ziele verwirklichen. Sie sind bei ihren Entscheidungen an ganz bestimmte juristische Gedankengänge gebunden, die sie aus anderwärts bereits vollzogenen Interessenwertungen entnehmen müssen. Diese müssen nicht unbedingt Bestandteile des positiven Rechts, zumindest aber der (juristisch konkretisierbaren) Rechtsüberzeugung und gesellschaftlichen Meinung - sofern sie sich mit den Grundsätzen der Rechtsordnung in Einklang befindet - sein [2]. Außerhalb des Gesetzes vollzogene Interessenwertungen können nur unter dieser Voraussetzung normbildend wirken. Es ist weiterhin erforderlich, daß die vom Gesetzgeber einmal getroffene Regelung durch die neue Entwicklung ihren Sinn verloren hat und statt Recht Unrecht schaffen würde. Lassen sich dagegen neue Entwicklungstendenzen in die anerkannte Ordnung unseres Rechtssystems nicht (oder noch nicht) einfügen, so sind sie möglicherweise für den Soziologen von Bedeutung, für den Juristen, insbesondere für den Richter, jedoch nicht erreichbar [3].

---

1) Tatsachen allein können nie normative Kraft entfalten; richtig deshalb die Kritik bei ENNECCERUS-NIPPERDEY aaO. Bd.I, S.320 (Fußn. 20).

2) ESSER in JZ 1953, S.525; ders. Grundsatz und Norm S.243. Vgl. auch ENNECCERUS-LEHMANN aaO. S.21, wonach die Befugnis der Gerichte zu freier Rechtsgestaltung, sofern sie nicht durch ausdrückliche Vorschrift gestattet ist, nur im Rahmen neuer anerkannter (und durchgesetzter) Rechtsprechung für gewisse typische Tatbestände anzuerkennen ist.

3) BRECHER aaO. S.247.

Nach diesem kurzen theoretischen Exkurs läßt sich feststellen, daß die arbeitsrechtliche Fürsorgepflicht kein geeignetes Kriterium ist, um den § 616 Abs.I BGB entgegen seinem eindeutigen Wortlaut zu interpretieren. Es ist nunmehr deutlich zu erkennen, daß der II. Senat auch im zweiten Teil seiner Entscheidung Billigkeitserwägungen zum Durchbruch verholfen hat, die zwar im früheren Schrifttum und in der Judikatur zu diesem Problem - besonders im Hinblick auf die Regelungen der §§ 63 HGB und 133 c GewO - angedeutet, aber, von einigen Ausnahmen abgesehen, nicht für so durchschlagend gehalten worden waren, daß das Gerechtigkeitsgebot eine Neuorientierung verlangt hätte. Ein zwingender Anlaß zur Gesetzesberichtigung lag auch deshalb nicht vor, weil § 616 Abs.I BGB nach h.M. abdingbar war, soweit es sich um unverschuldete Verhinderungen (auch infolge Krankheit) von Arbeitern oder um nicht auf Krankheit beruhende Verhinderungen von Angestellten handelte. § 616 Abs.I BGB konnte also insoweit auch zu Ungunsten der Arbeitnehmer abgedungen werden [1] und war keine

---

1) HUECK-NIPPERDEY aaO. Bd.I, S.311; NIKISCH, Lehrbuch Bd.I, S.622; DENECKE in BGB-RGRK Anm.5 zu § 616; STAUDINGER-NIPPERDEY-KOHNEN-NEUMANN aaO. Anm. 63 ff. zu § 616; RAG in ARS Bd.3, S.5; Bd.7, S.137; Bd.8, S.260; Bd.9, S.537; Bd.10, S.164; weiterhin LAG Düsseldorf in BB 1947, S.342 = MDR 1948, S.56 = NJW 1947/48, S.151. - Nach der Entscheidung des II. Senats vom 24.2.1955: LAG Düsseldorf in BB 1956, S.528; BAG, Urt. vom 6.12.56, 2 AZR 192/56 - AP Nr.8 zu § 616 m. Anm. von Götz HUECK = BB 1957, S.149 = Betrieb 1957, S.118 = NJW 1957, S.438 = RdA 1957, S.118. Das letztgenannte BAG-Urteil weist darauf hin, daß an der Abdingbarkeit des § 616 Abs.I BGB festzuhalten sei, obgleich diese Bestimmung eine soziale Schutzvorschrift sei; denn § 619 BGB erkläre nur die Schutzvorschriften der §§ 617 und 618 BGB, nicht aber auch die des § 616 für im voraus nicht aufhebbar oder beschränkbar. Außerdem sei durch § 616 Abs.II nur hinsichtlich des aus Abs.I folgenden Vergütungsanspruchs eines Angestellten für den Krankheitsfall die Abdingbarkeit ausgeschlossen. Der Gesetzgeber habe damit klar zum Ausdruck gebracht, daß der Anspruch auf Weiterzahlung der Vergütung in anderen Fällen vertraglich beseitigt werden könne. - S. weiterhin BAG, Urt. vom 25.4.1960, 1 AZR 16/58 - AP Nr.23 zu § 616 BGB. - A.A. DERSCH in RdA 1952, S.53 ff. (56).

M i n d e s t regelung, sondern, wie vielfach im Vertragsrecht, eine Auffangbestimmung für den Fall, daß von den Arbeitsvertragspartnern nichts anderes vereinbart war. Eine Rechtsfortbildung des § 616 Abs.I BGB gegen seinen Wortlaut mit Rücksicht auf die Fürsorgepflicht wäre nur dann möglich gewesen, wenn sich eine feste Rechtsüberzeugung herausgebildet hätte, daß die sechswöchige Lohnfortzahlung auch an Arbeiter zur n o t w e n d i g e n Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gehört. § 616 Abs.I BGB wäre dann in seiner jetzigen Fassung überholt und nicht mehr anwendbar gewesen. Dann hätte der II. Senat in seiner Entscheidung aber konsequenterweise noch einen Schritt weiter gehen und § 616 BGB i n s g e s a m t für unabdingbar erklären müssen, um wirklich eine notwendige (Mindest-) Fürsorgepflicht zu begründen. - Abgesehen davon bestand jedoch eine solche Rechtsüberzeugung bis zum Inkrafttreten des ArbKrankhG nicht, was sich darin widerspiegelt, daß in Tarifverträgen auch von der Möglichkeit Gebrauch gemacht worden war, für den Arbeitnehmer ungünstigere Lohnfortzahlungsregelungen zu vereinbaren [1]. Daß auf der anderen Seite vielfach auch günstigere Vereinbarungen getroffen wurden, ist allein nicht geeignet, eine notwendige Fürsorgepflicht im Sinne der Entscheidung des II. Senats zu begründen.

Wenn der II. Senat weiter ausführt, die gegenüber dem kurzfristig verhinderten Arbeitnehmer bestehende Für-

---

1) S. etwa den unten auf S. 108 erwähnten Manteltarifvertrag. Offenbar waren sich seinerzeit die Gewerkschaften darüber klar, daß eine Verbesserung der Lohnfortzahlung de lege lata nicht zu erreichen war. Sie forderten in ihren offiziellen Aktionsprogrammen (zuletzt 1955, s. unten S. 89) deshalb auch stets ein Einschreiten des Gesetzgebers, nicht eine an die veränderten Verhältnisse angepaßte Auslegung des § 616 Abs.I BGB.

sorgepflicht müsse erst recht bei einem längeren unverschuldeten Arbeitsausfall gegeben sein, da dieser den Arbeitnehmer und seine Familie stärker belaste, so wird auch dabei nicht beachtet, daß der Gesetzgeber hier ganz bewußt eine Interessenverteilung vorgenommen hat. Wie bereits im Rahmen der historischen Auslegung [1] dargestellt wurde, war man sich in den Gesetzgebungsgremien darüber einig, daß der Arbeitgeber nur mit verhältnismäßig geringfügigen Arbeitsausfällen rechnen müsse und dafür auch das Risiko tragen solle. Der Arbeitgeber sollte jedoch nach dem Willen des historischen Gesetzgebers nicht in jedem Fall unverschuldeter Arbeitsverhinderung für die erste, nicht erhebliche Zeit den Lohn weiterzahlen. Dieser aus den Materialien ersichtliche Wille des Gesetzgebers ist im Wortlaut des § 616 Abs.I BGB eindeutig zum Ausdruck gekommen. Es ist auch grundsätzlich nicht sinnwidrig, den Arbeitgeber bei kurzen Krankheiten des Arbeitnehmers zur Lohnfortzahlung zu verpflichten, bei längerer Krankheitsdauer jedoch von vornherein die Krankenversicherung einzuschalten. Auf diese Weise ist immer nur ein Leistungsverpflichteter vorhanden. Die Gefahr der Rechtsunsicherheit, die dem Arbeitnehmer dadurch drohte, daß am Anfang einer Krankheit nicht klar war, ob im Ergebnis der Arbeitgeber oder die Krankenkasse zahlen mußte, war in der Praxis relativ rasch beseitigt worden [2].

Auch ein argumentum a maiore ad minus (wenn schon bei nicht so schwerwiegenden kurzfristigen Verhinderungen Lohnfortzahlung gewährt wird, dann erst recht bei wirtschaftlich stärker belastenden langen Verhinderungen) paßt hier nicht. Das argumentum a maiore ad minus ist ein Mittel zur L ü c k e n ausfüllung; es geht

---

1) Oben S. 38.

2) s. unten S. 163/164.

hier jedoch um eine Gesetzes b e r i c h t i g u n g . Auch an dieser Stelle zeigt sich wieder die Bedeutung der wörtlichen und historischen Auslegung für die Abgrenzung zwischen Auslegung i.e.S., Lückenausfüllung und Gesetzesberichtigung.

ee) Auch mit Hilfe anderer Ordnungssätze unserer Gesellschaft, wie dem allgemeinen sozialen Schutzprinzip und der Sozialstaatsklausel, ließ sich eine Berichtigung des § 616 Abs.I BGB nicht durchführen. Beide Prinzipien sind allerdings bei der Gesetzesauslegung zu berücksichtigen, das erstere als ein das ganze Arbeitsrecht bestimmender normbildender Faktor [1], das letztere als unverrückbare Verfassungsanordnung (Art.20 Abs.I, 28, 79 GG) [2]. Während das BVerfG in dem bekannten Investitionshilfe-Urteil vom 20.7.1954 [3] bei der Konkretisierung des Sozialstaatsbegriffs etwas blaß auf die Gemeinschaftsbezogenheit und die Gemeinschaftsgebundenheit des Einzelnen abstellte, sieht das BAG die Sozialstaatsklausel in der herkömmlichen und üblichen Weise als ein Schutzprinzip zugunsten des wirtschaftlich oder sozial Schwächeren [4]. Soziales Schutzprinzip, Sozialstaatsklausel und Fürsorgepflicht überlagern sich somit im Arbeitsvertragsrecht. Es erscheint deshalb problematisch, ob das soziale Schutz-

---

1) HASHEL-DERSCH aaO. S.19; NIKISCH, Lehrbuch Bd.I, S.30; HUECK-NIPPERDEY aaO. Bd.I, S.25/26. - Bedenklich ist es, das soziale Schutzprinzip s e l b s t als Norm zu bezeichnen; denn es entfaltet seine Funktionen erst im Rahmen der jeweiligen Gesetzesnorm. Vgl. auch oben S. 29.

2) v. MANGOLDT-KLEIN aaO. Anm.VII, 2 a zu Art.20; FECHNER in RdA 1955, S.161; BAG, Urt. vom 14.7.1954 - 1 AZR 105/54 - BAGE Bd.1, S.51 ff. (56/57) = AP Nr.1 zu Art.3 GG; Urt. vom 3.12.1954 - 1 AZR 150/54 - BAGE Bd.1, S.185 ff. (193) = AP Nr.2 zu § 13 KSchG.

3) BVerfGE Bd.4, S.7 ff. (15/16).

4) S. die in Fußn.2 genannten Entscheidungen.

prinzip und das Sozialstaatsprinzip neben der spezielleren Fürsorgepflicht überhaupt selbständige Wirkungsbereiche haben. Beim sozialen Schutzprinzip ist das abzulehnen, wenn man den - richtigen - Standpunkt vertritt, es sei eine der Q u e l l e n der Fürsorgepflicht [1].

Die Sozialstaatsklausel der Art.20 Abs.I, 28 GG verpflichtet den Staat u.a. dazu, Gesetze zu erlassen, die einen sozialen Mindestschutz gewähren [2]. Sie hätte wie das soziale Schutzprinzip keinen selbständigen Wirkungsbereich neben der Fürsorgepflicht, wenn man FECHNER und Gerhard MÜLLER folgte, nach deren Ansich die Fürsorgepflicht eine Ausprägung des Sozialstaatsgedankens ist [3]. Diese Ableitung ist zwar nicht unbedenklich, weil es eine arbeitsrechtliche Fürsorgepflicht bereits gab, als ein bindendes Sozialstaatsprinzip noch nicht existierte; jedenfalls ist aber der Arbeitnehmerschutz im vertraglichen Bereich durch die Fürsorgepflicht so weit gesichert, daß daneben für das Sozialstaatsprinzip, das insoweit in der gleichen Weise wirkt, grundsätzlich kein Raum ist. Die Verfassungsnormen spielen bei der Gesetzesanwendung keine Rolle, wenn sich ihre Anordnungen schon mittels einer Auslegung innerhalb der unteren Normebenen befolgen lassen [4]. Das Sozialstaatsprinzip kann deshalb im Arbeitsvertragsrecht nur Bedeutung erlangen, wenn allein mit den besonderen arbeitsrechtlichen Prinzipien der vom Gesetz und von der Verfassung bezweckte Schutz nicht voll verwirklicht werden kann. Ein besonders gutes Beispiel dafür bietet das Mutterschutzgesetz, durch das nicht nur die Mutter, sondern zugleich das

---

1) S. oben S.53 , Fußn.3.

2) v. MANGOLDT-KLEIN aaO. Anm.VII, 2 b zu Art.20.

3) Vgl. S.53, Fußn.4.

4) S. oben S. 19.

Kind und die Allgemeinheit geschützt werden sollen [1]. Der Schutz dieses Gesetzes erstreckt sich also auf Personen bzw. Rechtsgüter, die außerhalb des Arbeitsverhältnisses stehen und deshalb von der arbeitsrechtlichen Fürsorgepflicht nicht erfaßt werden. - Im Falle der Lohnfortzahlung, die ein Ausfluß der Fürsorgepflicht ist, ist jedoch ein selbständiger Wirkungsbereich des Sozialstaatsprinzips nicht erkennbar.

Aber selbst wenn man dem sozialen Schutzprinzip und dem Sozialstaatsprinzip im Falle des § 616 BGB neben der Fürsorgepflicht eigene Wirkungsbereiche zubilligen wollte, so wäre doch mit ihnen eine Gesetzesberichtigung, wie sie der II. Senat vorgenommen hat, nicht möglich. Was im Rahmen der Erörterungen zur Fürsorgepflicht ausgeführt wurde, gilt im wesentlichen auch hier: Soziales Schutzprinzip und Sozialstaatsprinzip können als Begründung für eine berichtigende Rechtsfortbildung nur dann herangezogen werden, wenn die weitere Anwendung des Gesetzes im Rahmen des Wortsinnes zu einem Rechtsnotstand führen würde. - Bei einer Gesetzesberichtigung mit Rücksicht auf die Sozialstaatsklausel wäre dann vorweg die Feststellung zu treffen, das Gesetz (hier § 616 Abs.I BGB) sei in der vorliegenden Form verfassungswidrig und nichtig.

Die Möglichkeit einer Berichtigung scheitert, insoweit kann ebenfalls wieder auf die Ausführungen zur Fürsorgepflicht verwiesen werden, daran, daß § 616 Abs.I BGB keine zwingende Mindestregelung enthält. Das s o z i a l e S c h u t z p r i n z i p kann bei dispositiven Vorschriften nicht zur Gesetzesberichtigung herangezogen werden; denn sofern die Arbeitsvertragspartner die Möglichkeit haben, auch zu Ungunsten des Arbeitnehmers vom Gesetz abzuweichen und

1) Grundlegend GAMILLSCHEG, Mutterschutz und Sozialstaat, in Festschrift für Molitor S.57 ff.

solange sich keine gegenteilige Rechtsüberzeugung gebildet hat, besteht für den Richter keine Möglichkeit zum Einschreiten [1]. - Das S o z i a l - s t a a t s p r i n z i p wäre hier nur dann bedeutsam, wenn § 616 Abs.I BGB in der vorliegenden Fassung schlechthin unsozial und willkürlich wäre. Anderenfalls ließe sich eine Verfassungswidrigkeit des § 616 Abs.I BGB nicht begründen; denn eine unzweckmäßige oder unbefriedigende Regelung ist nicht bereits ohne weiteres verfassungswidrig, wie das BVerfG wiederholt ausgeführt hat [2]. Daß § 616 Abs.I BGB heute nicht mehr ganz befriedigt, ist zuzugeben. Auf der anderen Seite läßt sich aber auch kein durchschlagendes Argument dafür finden, daß es jeglichem sozialen Empfinden widerspreche, den Arbeitern nur bei kurzfristigen Arbeitsverhinderungen Lohnfortzahlung zu gewähren.

Angesichts der ständigen Rechtsprechung des RAG und der nahezu einhelligen Meinung im Schrifttum wäre eine ausführliche Begründung des Urteils erforderlich gewesen. Der kurze Hinweis auf die Fürsorgepflicht, wie überhaupt die auffallende Kürze dieser problemreichen Entscheidung, vermag jedenfalls nicht zu befriedigen.

Es bleibt nach alledem dennoch ein Unbehagen bestehen, sieht man sich doch gezwungen, u.U. nach einem Gesetz zu entscheiden, das dem aktuellen Bedürfnis nach einem billigen Ergebnis nicht mehr entspricht. Im Konflikt zwischen den Leitgedanken der Rechtssicherheit und der Gerechtigkeit (hier: der Anpassung des Gesetzes an das Leben) hat jedoch, sofern das ethische Minimum des Rechts dabei gewahrt wird, erstere den Vorrang [3]. Die

---

1) s. oben S.64; vgl. auch HUECK-NIPPERDEY aaO. Bd.I, S.26.

2) BVerfGE Bd.1, S.14 (52); Bd.1, S.97 (105); Bd.9, S.201 (206); BVerfG in DVBl. 1961, S.730.

3) Vgl. zu diesem psychologischen Konflikt RADBRUCH, Rechtsphilosophie (5.Aufl.) S.196 ff.

Rechtsprechung ist - eine notwendige Folge des Rechtssicherheitspostulats - von Natur aus konservativ [1] und muß, um das Gebot der Gewaltenteilung zu erfüllen, neue Entwicklungen der allgemeinen Rechtsüberzeugung gelassen abwarten, bevor sie statt des langsameren Gesetzgebers einmal helfend in die Bresche springt [2]. Das gilt gleichermaßen für eine berichtigende Rechtsfortbildung contra legem wie für eine solche praeter legem [3]. Das, was der Rechtsprechung von der Öffentlichkeit mitunter als Rückständigkeit vorgeworfen wird, ist so bei genauer Betrachtung ihre eigentliche Stärke; denn Stetigkeit und Voraussehbarkeit der Rechtsprechung sind ein unschätzbarer Wert.

Die Prüfung des weiteren Argumentes in der Entscheidung des II. Senats, daß nämlich die ungleiche Behandlung von krankheitsbedingt arbeitsunfähigen Angestellten und sonstigen Arbeitnehmern, die aus irgendwelchen in ihrer Person liegenden Gründen unverschuldet an der Arbeitsleistung verhindert sind, willkürlich sei, soll zunächst noch zurückgestellt werden. Im Rahmen der folgenden Untersuchungen wird darauf noch einzugehen sein [4].

2) Schon bald nach Veröffentlichung der Entscheidung des II. Senats erschienen die ersten Stellungnahmen im Schrifttum. Die Beurteilungen waren dabei recht unterschiedlich. So unterstützt MAURER [5] die vom II. Senat

---

1) S. auch STERN in NJW 1958, S.696 r.Sp.

2) Ein solcher Fall ergab sich zwangsläufig gemäß Art.117 GG nach dem 1.4.1953 für die Rechtsprechung besonders im Familienrecht.

3) Vgl. zur Problematik der Anerkennung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch den BGH LARENZ in Festschrift f. Nikisch S.275 ff. (278).

4) S. unten S.84 ff.

5) AuR 1955, S.214 ff.

vorgenommene grammatische Auslegung des § 616 Abs.I BGB. Die Bestimmung enthält nach seiner Ansicht keine Ausschließlichkeitsregelung; denn sie müßte - so MAURER - sonst heißen: "Der Arbeitnehmer wird des Anspruchs auf Vergütung n u r dann nicht verlustig, wenn er verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit behindert worden ist". Nach Ansicht MAURERs ist damit die Möglichkeit einer Analogie gegeben [1]. Dagegen könne auch aus den Gesetzesmaterialien nichts entnommen werden (!). Ausschlaggebend ist nach Ansicht MAURERs aber, daß die Normgrundlage des § 616 BGB einen neuen Inhalt erfahren hat und die Bestimmung nicht mehr unter schuldrechtlichen, sondern unter personenrechtlichen Aspekten (Fürsorgepflicht) auszulegen sei. Würde man dem länger verhinderten und damit besonders schutzbedürftigen Arbeitnehmer den Anspruch auf Lohnfortzahlung versagen, so würde man "an die Stelle des Fürsorgegedankens wieder den alten schuldrechtlichen Gedanken setzen". Eine nähere Begründung dieses Standpunktes fehlt. - Die methodischen Fehler, die zu dieser Ansicht führen, wurden bereits herausgestellt. Die für die ganze weitere Behandlung des Problems entscheidende falsche Weichenstellung liegt in der unzulänglichen grammatischen Interpretation. Da aber auch im Rahmen der historischen Auslegung trotz der hinreichend klaren Gesetzesmaterialien dieser falsche Ausgangspunkt nicht deutlich wird, taucht hier ebenfalls der Verdacht auf, daß der Boden echter juristischer Argumentation zugunsten von Billigkeitserwägungen verlassen worden ist.

---

1) MAURER gebraucht hier einen falschen Begriff. Wenn der Gesetzeswortlaut mehrere Interpretationsmöglichkeiten offen läßt, dann ist eine Analogie nicht erforderlich. Es handelt sich vielmehr um eine weite Auslegung. - Der II. Senat bediente sich insoweit wenigstens einer richtigen Terminologie.

Auch MENDIGO begrüßt in seiner Anmerkung zu dem Urteil vom 24.2.1955 [1] die Rechtsfortbildung [2] durch den II. Senat. Er äußert lediglich Bedenken gegen die Qualifizierung der Lohnfortzahlung als Versorgungsleistung, da kaum anzunehmen sei, daß dem Arbeitgeber durch die Notverordnung vom 5.6.1931 eine öffentlich-rechtliche Versorgungslast aufgebürdet werden sollte [3].

Kritik am methodischen Weg des II. Senats übt TRIESCHMANN [4], billigt die Entscheidung jedoch vom Ergebnis her. Er greift zunächst die Feststellung des II. Senats an, die Bedeutung des § 616 BGB habe sich durch die Notverordnungen vom 26.7.1930 und vom 5.6.1931 gewandelt. Durch die Neufassung des § 616 Abs.II sei zwar die Leistungspflicht des Arbeitgebers erweitert (als "verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit" sind für Angestellte sechs Wochen angesetzt) und durch die Neufassung des § 189 RVO die der Krankenkassen zu Ungunsten der Arbeitgeber eingeschränkt worden; es gehe jedoch nicht an, daraus die rechtsdogmatische Folgerung zu ziehen, die ursprüngliche Ausnahmevorschrift habe sich verselbständigt und sei nunmehr zur Regel geworden. Die Frage der Lohnfortzahlungsdauer könne daher nur durch eine Auslegung des § 616 Abs.I

---

1) AuR 1955, S.256.

2) die er wohl nicht methodisch, sondern nur als Gegensatz zur früheren Rechtsprechung und Meinung im Schrifttum verstanden wissen will.

3) Andererseits ist auffallend, daß im Eingangssatz des Art.3 im II. Kapitel der Notverordnung vom 1.12.1930 (RGBl.I, S.517) die §§ 63 HGB, 133 c GewO und 616 BGB als "reichsgesetzliche Vorschriften über Krankenfürsorge" bezeichnet werden. Das spricht für eine Qualifizierung als Versorgungsleistung, wenn auch nicht als öffentlichrechtliche, da die Notverordnung deutlich zwischen Krankenversicherung (Art.2) und Krankenfürsorge unterscheidet.

4) Betrieb 1955, S.800/801.

gelöst werden. TRIESCHMANN versucht dann ebenfalls den Nachweis zu erbringen, der Wortlaut des § 616 Abs.I lasse Zweifel offen, da er nicht zum Ausdruck bringe, daß n u r in Fällen geringfügiger Verhinderungen der Lohn weiterzuzahlen sei. Deshalb verdiene der zweite Teil der Entscheidung des II. Senats volle Zustimmung. Das Gericht habe den Gedanken der Fürsorgepflicht in einer nicht gegen das Gesetz verstoßenden Weise zu Auslegung und damit zur Abgrenzung seines Inhalts herangezogen. Dieses Auslegungsergebnis werde auch allein dem Zusammenhang des § 616 Abs.I BGB mit den entsprechenden Vorschriften der §§ 63 HGB und 133 c GewO gerecht, nach denen auf jeden Fall ein Gehaltsfortzahlungsanspruch für die Dauer von sechs Wochen besteht [1].

Abgesehen von diesen zustimmenden Stellungnahmen stieß das Urteil des II. Senats auf Ablehnung. Dabei wurde im wesentlichen auf die h.M. v o r Verkündung der Entscheidung Bezug genommen, an deren Richtigkeit sich auch jetzt noch nichts geändert habe. Der II. Senat sei deshalb über die Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung hinausgegangen [2]. Wie sich noch zeigen wird, haben die Autoren sämtlicher Stellungnahmen, seien sie ablehnend oder zustimmend, ebenso wie der II. Senat den Kern des methodischen Problems verfehlt.

3) Angesichts des geteilten Echos auf die Entscheidung vom 24.2.1955 nimmt es nicht wunder, daß wenige Jahre später nahezu der gleiche Streitfall das Bundesarbeits-

---

1) Weitere zustimmende Äußerungen zu der Entscheidung bei KASKEL-DERSCH, Arbeitsrecht (5.Aufl.) S.164 ff. ERMAN-KÜCHENHOFF aaO. Anm.2 c zu § 616; SCHIMANA in AuR 1956, S.321 ff.; DEBUS in AuR 1959, S.129; wohl auch PALANDT-GRAMM (19.Aufl.) Anm.2 zu § 616.

2) Vgl. STAUDINGER-NIPPERDEY-MOHNEN-NEUMANN aaO. Anm.21 zu § 616; HUECK-NIPPERDEY aaO. S.308; G. u. D. REINICKE in NJW 1955, S.1382; GROS in Arb.-R.-Blattei Arbeitsausfall IV, Entsch.5; LEHMANN in JZ 1955, S.459 (Anm. zur Entscheidung des II. Senats); OSTHOLD in SAE 1955, S.250 (Anm. zur Entscheidung des II. Senats).

gericht - und zwar ebenfalls den II. Senat - erneut beschäftigte. Es ging dabei um folgenden Sachverhalt: Der Kläger war bei der Beklagten mit einem Monatsverdienst von 500.-- DM als Kellner beschäftigt. Wegen einer Rheumaerkrankung blieb er vom 25.4. bis 14.5.1954 der Arbeit fern. Er verlangte mit der Klage die Vergütung für die ersten drei Tage der Zeit seiner Krankheit.

Das LAG hatte die Klage abgewiesen und sich damit bewußt in Gegensatz zu dem Urteil des II. Senats vom 24.2.1955 gesetzt. Der II. Senat rief nunmehr nach der Reaktion auf seine frühere Entscheidung gemäß § 45 Abs.II, S.2 ArbGG den Großen Senat (GS) des BAG zur Entscheidung über die Frage an, ob dem Arbeitnehmer auch bei einer Arbeitsverhinderung von erheblicher Dauer, die durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden verursacht ist, jedenfalls für die erste, nicht erhebliche Zeit, ein Anspruch auf Weiterzahlung des Entgelts zusteht.

Dem GS gebührt das Verdienst, in einer ebenso gründlichen wie methodisch interessanten Entscheidung [1] unter Vermeidung der Fehler des II. Senats den Anwendungsbereich des § 616 BGB umrissen zu haben.

a) Der GS führt zunächst im Rahmen der grammatischen Auslegung des § 616 BGB aus, der Wortlaut dieser Bestimmung sei eindeutig in dem Sinne, daß nur bei kurzfristiger Arbeitsverhinderung die Vergütung fortzuzahlen sei [2]. Das ergebe sich einmal aus dem Satzaufbau [3] und sei zudem augenfällig, wenn man die dem § 616 BGB entsprechenden §§ 133 c GewO und 63 HGB, 90 a PrBG,

---

1) BAG, Beschl. vom 16.12.1959 - GS 8/58 - BAGE Bd.8, S.314 ff. = NJW 1960, S.741 ff. = AP Nr.22 zu § 616 BGB = BB 1960, S.362.

2) Amtl. Slg. S.322/323.

3) S. oben S.36.

48 Abs.I, S.2 SeemannsG und 20 Binnenschiffahrtsgesetz zum Vergleich betrachte. In allen diesen Bestimmungen werde eine sechswöchige Lohn- bzw. Gehaltsfortzahlung gewährt, ohne daß dort eine Beschränkung auf eine "verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit" vorgenommen worden sei.

Nach richtiger Ansicht des GS wird das Ergebnis der wörtlichen Auslegung durch die systematische und entstehungsgeschichtliche Interpretation erhärtet. § 562 des I. Entwurfes zum BGB, die Stellungnahmen in den Motiven und Protokollen und die in den wesentlichen Teilen unveränderte Übernahme des § 562 E in das BGB [1] ergeben danach eindeutig, daß § 616 BGB als Ausnahmeregelung unter sozialen Gesichtspunkten das Abhängigkeitsverhältnis Arbeit - Lohn durchbrechen sollte, jedoch nur für den Fall kurzfristiger Arbeitsverhinderung [2].

Der GS läßt es dahingestellt, ob die systematische Stellung des § 616 Abs.I (als Ausnahmevorschrift) die gleiche geblieben oder ob der Sinn der Vorschrift heute in einem vom Grundsatz des § 323 BGB unabhängigen Fürsorgegedanken zu finden sei [3]. Auf jeden Fall könne die Fürsorgepflicht keinen Anspruch auf über die gesetzliche Regelung hinausgehende Leistungen begründen. Das wäre nur dann der Fall, wenn sich die Leistung ohne weiteres aus dem Wesen des Arbeitsverhältnisses als selbständige Pflicht ergeben müßte. Gerade dies sei jedoch bei der Lohn- und Gehaltsfortzahlung nach § 616 BGB nicht der Fall. Insbesondere im Hinblick darauf, daß § 616 Abs.I

---

1) S. oben S.36.

2) aaO. S.324.

3) Daß § 616 Abs.I BGB auch heute noch als Ausnahmeregelung anzusehen und deshalb eng auszulegen sei, wird vom BAG in einer jüngeren Entscheidung betont. S. BAG, Urt. vom 25.4.1960 - 1 AZR 16/58 - AP Nr.23 zu § 616 BGB.

bis in jüngste Zeit allgemein für abdingbar gehalten werde, sei eine Ausweitung der gesetzlichen Regelung aus dem Gedanken einer notwendigen Fürsorgepflicht nicht möglich.

Den Folgerungen des II. Senats aus der erhöhten Schutzbedürftigkeit des länger verhinderten Arbeitnehmers gegenüber dem nur kurzfristig arbeitsunfähigen Arbeitnehmer stellt der GS schließlich die klare Interessenabwägung des Gesetzgebers entgegen, von der der Richter nicht ohne zwingende Gründe abweichen dürfe [1) 2)].

Die Auslegung des § 616 Abs.I BGB durch den GS ergab also zunächst, daß g r u n d s ä t z l i c h der Arbeitnehmer dann keinen Anspruch auf Weiterzahlung der Arbeitsvergütung hat, wenn seine Arbeitsverhinderung eine "verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit" übersteigt. Insoweit folgte der GS dem II. Senat auch im Ergebnis nicht.

b) Im Zuge der weiteren Auslegung kam der GS dann jedoch zu dem Ergebnis, daß dieser Grundsatz seit dem 3.12.1930 nicht mehr für den Fall der unverschuldeten längeren Krankheit eines unter § 616 BGB fallenden A n g e s t e l l t e n gelte. In diesem Rahmen besteht, wenn auch nur im Ergebnis, Übereinstimmung mit dem II. Senat. - Dieser Teil der Begründung ist der interessanteste und juristisch scharfsinnigste der Entscheidung. In sorgfältiger Analyse der bereits mehrfach erwähnten Notgesetzgebung vom Anfang der dreißiger Jahre prüfte der GS die Folgen der damaligen Not-VOen für die heutige Auslegung des § 616 BGB. Das bereits vorweggenommene

---

1) aaO. S.325.

2) Den Standpunkt des GS übernahm der I. Senat in einem Urt. vom 25.4.1960 - 1 AZR 16/58 - AP Nr.23 zu § 616 BGB mit zust. Anm. V. HUECK = BAGE Bd.9, S.179; = AuR 1960, S.379 = BB 1960, S.664 = Betr. 1960, S.699 = NJW 1960, S.1686, RdA 1961, S.41.

Ergebnis ist , nachdem die Eindeutigkeit des Gesetzeswortlauts festgestellt ist, ebenso wie in der Entscheidung des II. Senats (soweit sie nur die Angestellten betrifft) eine Rechtsfortbildung. Um den Unterschied der methodischen Argumentation zu zeigen, seien die Gedankengänge des GS in gedrängter Form wiedergegeben [1].

Die beginnende Weltwirtschaftskrise, der äußerlich sichtbar werdende Zusammenbruch der Staatsfinanzen und die stark angewachsene Arbeitslosigkeit führten von 1930 an zum Erlaß mehrerer Not-VOen des Reichspräsidenten aufgrund des Art.48 Abs.II WeimRV, die auch für die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall von Bedeutung sind.

1. Die VO des Reichspräsidenten zur Behebung finanzieller, wirtschaftlicher und sozialer Notstände vom 26. Juli 1930 [2] enthielt im zweiten Teil des vierten Abschnitts (Art.1, Ziff.14) Maßnahmen zur Entlastung der Krankenversicherungsträger. Durch eine Neufassung des § 189 RVO wurde die bis dahin geltende Lastenverteilung zwischen Arbeitgebern und Krankenkassen zugunsten der Krankenkassen abgeändert. Nach der alten Regelung der RVO hatte der Arbeitnehmer in j e d e m Krankheitsfall Anspruch auf Krankengeld. § 189 RVO ordnete lediglich an, daß ein Versicherter im Falle gleichzeitiger Krankengeldzahlung aus einer zweiten Versicherung sich die Kürzung der Leistung der K r a n k e n k a s s e soweit gefallen lassen mußte, daß das gesamte Krankengeld den Durchschnittsbetrag seines täglichen Arbeitsverdienstes nicht überstieg. Hinsichtlich der G e h a l t s r e g e l u n g bestimmten die §§ 133 c GewO und 616 Abs.II BGB, daß

---

1) aaO. S.327 ff.

2) RGBl. I, S.311.

sich die unter diese Vorschriften fallenden Arbeitnehmer Kassenleistungen auf die Arbeitsvergütung, soweit sie ihnen weitergezahlt wurde, anrechnen lassen mußten. Für die kaufmännischen Angestellten sah § 63 HGB in seiner damaligen Fassung nicht einmal eine Anrechnung der Kassenleistungen auf das Gehalt vor. Diese Vorschrift war jedoch nach damals h.M. dispositiv.

Durch die Neufassung des § 189 RVO wurde nun eine dem bisherigen Prinzip genau entgegengesetzte Regelung getroffen. § 189 Abs.I, S.1 RVO lautet nämlich in seiner seitdem geltenden Fassung:

> "Der Anspruch auf Kranken- und Hausgeld ruht, wenn und soweit der Versicherte Arbeitsentgelt erhält."

War also früher grundsätzlich das Krankengeld die primäre Leistung, nach der sich die Höhe des fortzuzahlenden Gehaltes bemaß, so war das Abhängigkeitsverhältnis nunmehr umgekehrt: die Regelung der Gehaltsfortzahlung bestimmte den Umfang der Leistungspflicht der Krankenkasse.

2. Die Entlastung der Krankenkassen, die mit dieser Neuregelung bezweckt worden war, trat jedoch nicht in dem erhofften Umfang ein, da die Lohn- und Gehaltsfortzahlungsbestimmungen der §§ 616 BGB, 63 HGB und 133 c GewO nach h.M. abdingbar waren und von der Abdingbarkeit auch weitgehend Gebrauch gemacht worden war [1]. In einer weiteren Not-VO, der (ersten) VO des Reichspräsidenten zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen vom 1. Dezember 1930 [2] wurden daher, um die Krankenkassen effektiv aus ihrer finanziellen Notlage zu befreien, die Ansprüche aus den §§ 63 HGB, 133 c GewO

---

1) aaO. S.329.

2) RGBl.I, S.517.

sowie aus § 616 BGB für unabdingbar erklärt. Nach der nunmehr geltenden Regelung zahlte also bei gewerblichen und kaufmännischen Angestellten der Arbeitgeber im Krankheitsfall sechs Wochen lang das Gehalt weiter; dauerte die Krankheit länger, so trat anschließend die Krankenkasse ein. Bei den nicht unter das HGB oder die GewO fallenden Angestellten ergaben sich jedoch praktische Schwierigkeiten infolge der herrschenden - und damals richtigen - Auslegung des § 616, wonach die Arbeitsvergütung nicht weiterzuzahlen war, wenn die Dauer der Arbeitsverhinderung eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit überstieg. Es bestand aus diesem Grunde im Falle des § 616 BGB nie von Anfang an Klarheit darüber, ob nun im Ergebnis der Arbeitgeber oder die Krankenkasse zu leisten habe.

3. So ist es zu verstehen, daß § 616 Abs.II BGB kurz darauf eine weitere Änderung erfuhr [1]. Durch Kapitel IV im 1. Teil der (zweiten) VO des Reichspräsidenten zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen vom 5. Juni 1931 [2] erhielt § 616 Abs.II seine heute geltende Fassung: Die Unabdingbarkeit des Abs.I wurde auf die Ansprüche der versicherungspflichtigen Angestellten auf Gehaltsfortzahlung im Krankheitsfall beschränkt und für diese Fälle außerdem als "verhältnismäßig nicht erheblich" eine Zeit von sechs Wochen fixiert, sofern nicht durch Tarifvertrag eine andere Dauer bestimmt ist. Diese Änderung wurde auf den 3. Dezember 1930, den Zeitpunkt des Inkrafttretens der voraufgegangenen VO und der ersten Änderung des § 616 BGB, zurückbezogen. Insbesondere die Rückwirkung der Neuregelung zwingt nach Ansicht des GS zu dem Schluß, daß die unter § 616 BGB fallenden Angestellten den kaufmännischen und gewerblichen Angestellten jetzt a u c h v e r s i c h e r u n g s r e c h t l i c h gleichgestellt werden sollten. Dabei sei jedoch von

1) aaO. S.330.

2) RGBl.I, S.279.

den Gesetzesverfassern nicht genügend beachtet worden, daß Abs.II des § 616 sich auf dessen I. Absatz beziehe und die Neuformulierung die Gefahr in sich berge, so mißverstanden zu werden, als solle die Neuaufnahme der 6-Wochen-Frist in den § 616 BGB an der bisherigen grundsätzlichen Regelung nichts ändern. Erst der Zusammenhang der VO vom 5. Juni 1931 mit der VO vom 1.12.1930 aufgrund der Rückbeziehung der letzten Neufassung des § 616 Abs.II BGB ergebe unmißverständlich, daß ein einheitliches Recht der Gehaltsfortzahlung im Krankheitsfall für alle Angestellten geschaffen werden sollte: sechswöchige Weiterzahlung des Gehaltes im Falle unverschuldeter Krankheit, Entlastung der Krankenkassen für die hohen Aufwendungen bei kurzen Krankheitsfällen und Überbürdung dieser Lasten auf die Arbeitgeber.

c) Welche methodischen Schritte waren erforderlich, um zu diesem Ergebnis zu gelangen ?

Zunächst untersuchte der GS den § 616 BGB auf seinen Wortsinn, seine systematische Stellung im Gesetz und seine Entstehung. Danach ermittelte er den mit den inzwischen vorgenommenen Änderungen verfolgten Zweck. Der Senat gelangte sodann im zweiten Teil über die historische Interpretation der verschiedenen Stufen der späteren Rechtsentwicklung zur teleologischen Auslegung. Wenn der GS ausführt, die jetzige Fassung des § 616 BGB berge die Gefahr (nur) von Mißverständnissen in sich, so ist diese Formulierung allerdings ihrerseits mißverständlich. Bleibt man nämlich bei einer Auslegung i.e.S. stehen, so m u ß die Fassung des § 616 zwangsläufig zu einer Fehlanwendung des Gesetzes führen; denn der Wortsinn geht nun einmal eindeutig dahin, daß auch Angestellte, die längere Zeit - länger als sechs Wochen - krankheitshalber der Arbeit fernbleiben, keinen Anspruch auf Gehaltsfortzahlung haben. Wie bereits an-

gedeutet [1], ist die Entscheidung des GS eine Rechtsfortbildung; denn die teleologische Auslegung ergab im Zusammenhang mit dem Ergebnis der wörtlichen Auslegung, daß der Gesetzgeber dem von ihm mit der Neufassung des § 616 Abs.II BGB verfolgten Zweck im Gesetzestext nicht Ausdruck verliehen hat. Wenn es sich dabei auch angesichts der früheren ständigen Auslegung des § 616 Abs.I BGB um einen recht groben Formulierungsfehler handelt, so ist dieser gesetzgeberische Fehltritt doch aus der damaligen hektischen Situation heraus verständlich, die eine geordnete gesetzgeberische Arbeit unmöglich machte. Unter normalen Umständen hätte eine derart mißglückte Bestimmung wohl nicht Gesetzeskraft erlangt. Es handelt sich hier allerdings nicht um eine Gesetzesberichtigung, sondern um eine Lückenausfüllung, und zwar um die Ausfüllung einer verdeckten Lücke durch teleologische Restriktion. Das verwundert zunächst, wird doch hier dem Angestellten m e h r zugesprochen als ihm nach dem bloßen Wortsinn des Gesetzes zusteht. Eine Gesetzesrestriktion trifft nämlich häufig den Fall, daß ein an sich nach dem Gesetzeswortlaut bestehender A n s p r u c h für bestimmte Fälle eingeschränkt oder ausgeschlossen wird. Es sei indes an die allgemeinen Voraussetzungen der Restriktion erinnert [2]: Das Gesetz erhält zwar eine positive R e g e l u n g , läßt aber eine nach seinem Zweck an sich erforderliche Ausschlußregelung für eine bestimmte Fallgruppe vermissen. Diese Ausgangsposition ist im vorliegenden Fall gegeben. Die grundsätzliche Anordnung des § 616 BGB (Lohn- und Gehaltsfortzahlung nur, sofern die Dauer der Arbeitsverhinderung eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit nicht übersteigt) gilt nach dem einwandfrei ermittelten Zweck des Gesetzes (der mit dem Willen des Gesetzgebers übereinstimmt) nicht für Angestellte im Krankheitsfall. Der Gesetzgeber hat für sie eine all-

1) S. oben S.38.
2) S. oben S.22.

gemeine sechswöchige Gehaltsfortzahlung vorgesehen. Dieser Zweck läßt sich nur durch eine teleologische Beschränkung des Gesetzes durchsetzen.

Da die Restriktion wie die übrigen Arten der Lückenausfüllung das Gesetz lediglich i.S. des Gesetzgebers vervollständigt, ist sie gegenüber der Auslegung i.e.S. an keine besonderen Voraussetzungen gebunden. Hat der Richter im Wege historischer und teleologischer Auslegung den Gesetzeszweck ermittelt und erkannt, daß das Erfordernis einer Ausschlußregelung nicht nur im zu entscheidenden Einzelfall, sondern für eine ganze Fallgruppe zu bejahen ist, hat er weiterhin festgestellt, daß der ermittelte Gesetzeszweck auch jetzt noch anzuerkennen ist, dann ist die restriktive Interpretation am Platze [1]. Demgegenüber sind die weitaus umfangreicheren Vorbedingungen einer Gesetzes d u r c h b r e c h u n g augenfällig.

d) Das bereits oben [2] angerührte Problem der Gleichbehandlung braucht nach der Begründung des GS für die Fallentscheidung eigentlich gar nicht mehr herangezogen zu werden. Der GS konnte es denn auch in einem kurzen, lediglich als Hilfsbegründung gedachten Absatz abtun. Er stellt dabei richtig fest, daß die dem § 616 BGB gegebene Auslegung allein verfassungskonform sei [3], da keine sachlichen Gründe vorlägen, zwischen kaufmännischen, gewerblichen und sonstigen Angestellten zu dif-

---

1) S. LARENZ, Methodenlehre S.297/98.

2) S. oben S.44.

3) Der Gleichbehandlungsgrundsatz gilt auch für den Gesetzgeber, da Art.1 Abs.III GG den Grundrechten, zu denen auch der Gleichheitssatz des Art.3 Abs.I GG gehört, unmittelbare Rechtsverbindlichkeit für Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung verleiht. V. MANGOLDT-KLEIN aaO. Anm.III,4 zu Art.3; WERNICKE in BK Anm.II, 1b zu Art.3.

ferenzieren. Der Gleichbehandlungsgrundsatz des Art.3 GG erfordere es, a l l e n Angestellten im Krankheitsfall sechswöchige Gehaltsfortzahlung zu gewähren [1]. Es sei willkürlich, eine Gruppe von Angestellten hiervon auszunehmen [2]. Hätte sich der vorliegende Fall nicht aus der ratio des Gesetzes selbst heraus lösen lassen, so wäre eine Entscheidung contra legem im Wege der Normenkontrolle erforderlich geworden, die das erkennende Gericht selbst hätte vornehmen können, da das BGB vorkonstitutionelles Recht ist.

Ob der II. Senat in der Entscheidung vom 24.2.1955 das schwere Geschütz der Verfassungswidrigkeit gescheut und stattdessen auf das Schein- und Fehlargument des Versorgungscharakters der Arbeitgeberleistung zurückgegriffen hat ?

Zugleich läßt sich jedoch das w e i t e r g e h e n d e Gleichheitsargument des II. Senats (im zweiten Teil der Entscheidung) entkräften, wonach es willkürlich sei, zwischen der krankheitsbedingten Arbeitsverhinderung eines Angestellten und der unverschuldeten Arbeitsverhinderung irgendeines anderen Arbeitnehmers zu differenzieren [3]. Es sei nochmals daran erinnert, daß der Gesetzgeber bei der Schaffung des § 616 BGB eine Abwägung zwischen den Interessen der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer vorgenommen hat. Die Arbeitgeber sollten ursprünglich nur im Falle geringfügiger Arbeitsverhinderungen aller unter diese Vorschrift fallender Arbeitnehmer zur Lohn- und Gehaltsfortzahlung verpflichtet sein. Hinsichtlich der finanziellen Belastung der Arbeitgeber besteht nun ein erheblicher Un-

---

1) Richtig insoweit DENECKE, in RdA 1953, 412 ff. (413).
2) S. NIKISCH, Arbeitsrecht (2.Aufl.) Bd.1, S.514.
3) Amtl. Slg. S.340.

terschied, ob sie plötzlich allen Arbeitnehmern im Falle jeder unverschuldeten Arbeitsversäumnis oder nur den Angestellten im Krankheitsfall die Vergütung weiterzahlen müssen [1]. Vom Standpunkt des Arbeitgeberinteresses aus gesehen, ist die Differenzierung also keineswegs willkürlich. Auf der anderen Seite ist aber auch die Bevorzugung der Angestellten nicht sachfremd. Solange der rechtliche Unterschied zwischen Arbeitern und Angestellten besteht, ist er auch ein zulässiger Anknüpfungspunkt für die im Falle des § 616 BGB vorgenommene Interessenverteilung. Ein allgemeines Gebot, Arbeiter und Angestellte rechtlich gleich zu behandeln, besteht jedenfalls nach der derzeitigen Entwicklung des Arbeitsrechts nicht [2], wenngleich sich die beiden Arbeitnehmergruppen in den letzten Jahren einander sozial angenähert haben und die Zukunft auch eine rechtliche Nivellierung bringen mag. Durch das ArbKrankhG ist im übrigen bereits 1957 eine weitgehende Angleichung bei der Lohnfortzahlung im Krankheitsfall erfolgt.

4) Die Gesamtbetrachtung der beiden Entscheidungen des BAG vermittelt zwei methodische Erkenntnisse:

a) Man kann nicht pauschal die Vorschriften des BGB als für das Arbeitsrecht unanwendbar erklären. Die Normen sind nie f o r m e l l aufgehoben worden, so daß g r u n d s ä t z l i c h von ihrer Geltung auszugehen ist [3]. Solange das Dienstvertragsrecht des BGB allgemein gültig ist, ist es auch gesetzliche Grundlage bei Streitigkeiten auf dem Gebiet des Arbeitsver-

---

1) Das war auch der eigentliche Grund, warum seiner Zeit die Not-VO vom 5.6.1931 die Unabdingbarkeit des § 616 BGB auf die Ansprüche der Angestellten im Krankheitsfall beschränkte, vgl. DERSCH in RdA 1952, S.53 ff. (57).

2) NIKISCH, Lehrbuch Bd.I, S.131; HUECK-NIPPERDEY aaO. Bd.I, S.61 ff.; unrichtig SCHIMANA in AuR 1956, S.325.

3) STAUDINGER-NIPPERDEY-MOHNEN-NEUMANN aaO. Vorbem.35 vor § 611.

tragsrechts. Deshalb ist bei der Entscheidung arbeitsrechtlicher Probleme - sofern keine Spezialgesetze in Betracht kommen - zunächst vom BGB auszugehen [1]. Der vom RG und vom LAG Stuttgart vertretene Standpunkt, man dürfe, um zu einer befriedigenden Lösung von Arbeitsstreitigkeiten zu gelangen, nicht mehr von den Vorschriften des BGB ausgehen [2], ist gefährlich, da auf diese Weise geltendes Recht ohne nähere Begründung in Bausch und Bogen über Bord geworfen wird. Wie bedeutsam auch heute noch im Arbeitsrecht die genaue Analyse von BGB-Vorschriften ist, hat sich gerade bei dem Beschluß des GS vom 16.12.1959 gezeigt. Dagegen wurde in dem Urteil des II. Senats vom 24.2.1955 trotz der auf den ersten Blick vernünftig erscheinenden arbeitsrechtlichen Argumente das für die Entscheidung wesentliche Problem (restriktive Auslegung des § 616 Abs.II BGB) nicht erkannt. - - Alles das schließt andererseits nicht aus, daß BGB-Vorschriften u.U. im Hinblick auf das Verkehrsbedürfnis, die Natur der Sache oder rechtsethische Prinzipien auf dem Gebiet des Arbeitsvertragsrechts materiell unanwendbar sind und den Bedürfnissen des modernen Arbeitslebens angepaßt werden müssen [3]. Gleich am Beginn der Auslegung die Frage aufzuwerfen, inwieweit ein älteres Gesetz heute noch anzuwenden sei, hieße jedoch den zweiten Schritt vor dem ersten tun [4]. Im Arbeitsrecht kommt des weiteren

---

1) HUECK-NIPPERDEY aaO. Bd.I, S.27; HUECK, Anm. zu AP Nr.2 zu § 611 BGB (Haftung des Arbeitnehmers).

2) Vgl. oben S.56 Anm.3 und S.57 Anm.1.

3) wobei wiederum zunächst Klarheit darüber bestehen muß, ob es sich um eine Lückenergänzung oder um eine Gesetzesberichtigung handelt. Gesetzeslücken bedürfen stets der Ausfüllung durch den Richter (s. oben S.2o), während eine Gesetzesberichtigung nur beim Vorliegen besonderer Voraussetzungen möglich ist (s. oben S.61 ff.).

4) Vgl. zur richtigen Reihenfolge der methodischen Überlegungen RAG in ARS Bd.33, S.197; Bd.37, S.230 (237); DERSCH in RdA 1958, S.441. S. auch die Problematik in der Entscheidung des GS des BAG in AP Nr.19 zu § 1 HausarbTagsG NRW und die Fußnote 2) oben S.50 dazu.

noch hinzu, daß der Gesetzgeber vielfach die Ausgestaltung der Arbeitsverhältnisse den Beteiligten, insbesondere den Interessenverbänden der Sozialpartner, überlassen hat. Bei einer Vorschrift, die der Privatautonomie - auch zu Ungunsten der Arbeitnehmer - Raum läßt, ist ein richterlicher Eingriff contra legem deshalb nur dann möglich, wenn höherwertige Rechtsprinzipien der Dispositionsfreiheit der Parteien entgegenstehen und die Norm nur als zwingende Mindestregelung haltbar ist. - - Ganz allgemein läßt sich abschließend feststellen, daß richterliche Rechtsfortbildung contra legem nur nach festen Grundsätzen und Regeln zulässig ist. Es wäre - nicht zuletzt zur Verringerung der Gefahr von Scheinbegründungen - zu wünschen, daß die Gerichte die Gründe für eine Gesetzesberichtigung auch stets in juristisch greifbarer Form in ihren Urteilen darlegen.

b) Die Untersuchung der beiden BAG-Entscheidungen hat gezeigt, daß jeweils verschiedene Auslegungskriterien für die Ergebnisse ausschlaggebend waren. Der II. Senat stützte sich, soweit seine Entscheidung die Angestellten betrifft, auf eine "weite" Auslegung aufgrund der angeblich veränderten s y s t e m a t i s c h e n Stellung des § 616 BGB. Soweit das Urteil die übrigen Arbeitnehmer betrifft, spielen vorwiegend teleologische Erwägungen eine Rolle. Der GS stützte seine Entscheidung hinsichtlich der Angestellten auf eine restriktive Interpretation des § 616 BGB, während er im übrigen dem eindeutigen Wortlaut den Vorzug gab. Allein in diesen beiden Entscheidungen kommen nahezu alle Auslegungskriterien zum Tragen, so daß sich die Frage aufdrängt, ob zwischen den einzelnen Kriterien eine bestimmte logische Rangordnung besteht oder ob die Wahl zwischen ihnen an keine Gesetzmäßigkeit gebunden ist und lediglich richterlicher "Standeskunst"

unterliegt. - Die Beantwortung auch dieser Frage sei einstweilen noch zurückgestellt [1].

II. Das Gesetz zur Verbesserung der wirtschaftlichen Sicherung der Arbeiter im Krankheitsfall (ArbKrankhG). Entstehungsgeschichte und wesentlicher Inhalt der Neuregelung.

Nach dem zweiten Weltkrieg setzten Bestrebungen mit dem Ziel ein, die unterschiedliche Behandlung von Arbeitern und Angestellten im Krankheitsfall zu beseitigen oder doch zu verringern.

1955 nahm der DGB eine Forderung auf Gleichstellung der Arbeiter mit den Angestellten im Krankheitsfall in sein Aktionsprogramm auf [2].

Am 28. September 1955 kam es zu dem "Entwurf eines Gesetzes zur Gleichstellung aller Arbeitnehmer im Krankheitsfall" durch die Fraktion der SPD [3]. Durch eine Neufassung des § 616 BGB sollte Arbeitern und Angestellten im Krankheitsfall gleichermaßen eine sechswöchige Lohn- und Gehaltsfortzahlung gewährt werden. Die für kleinere Betriebe dadurch entstehende Mehrbelastung sollte durch einen zu errichtenden Ausgleichsstock aufgefangen werden [4].

---

1) Näheres unten S.179 ff.

2) Forderung Nr.2, Ziff.4 des Aktionsprogramms, abgedruckt in RdA 1955, S.287. Vgl. dazu die Erwiderung der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände, abgedruckt ebenda S.289. - Die Gleichstellung der Arbeiter mit den Angestellten sollte nach der Vorstellung des DGB durch eine Neufassung des § 616 BGB erreicht werden. Zum Umfang der vorgeschlagenen Neufassung S. HUECK in RdA 1955, S.291.

3) BT-Drucksache Nr.1704 - II. Wahlperiode.

4) S. dazu auch 105. Sitzung des BT vom 26.10.1955, S.5919 des Protokolls (Begründung durch den Abg. Richter).

Auf dem CDU-Parteitag 1956 wurde ebenfalls beschlossen, die Lage des Arbeiters im Krankheitsfall der des Angestellten so weit als möglich anzugleichen [1].

Nicht zuletzt führte auch der Streik in der schleswig-holsteinischen Metallindustrie (Winter 1956/57) - bei dem es im wesentlichen um eine Besserstellung der Arbeiter im Krankheitsfall auf t a r i f v e r t r a g l i c h e r Ebene ging - dazu, daß sich der Bundestag um eine beschleunigte gesetzliche Neuregelung der Lohnfortzahlung bemühte [2].

Als Ergebnis dieser Bemühungen trat am 1. Juli 1957 das Gesetz zur Verbesserung der wirtschaftlichen Sicherung der Arbeiter im Krankheitsfall vom 26. Juni 1957 (ArbKrankhG) [3] in Kraft. Das Gesetz brachte indes keine volle Angleichung der Arbeiter an die Angestellten. Wegen der Bedenken gegen die mit einer völligen Gleichbehandlung verbundene Mehrbelastung der Arbeitgeber entschied sich die Mehrheit des Bundestages für die sog. "gespaltene Lösung" [4], bei der die Lasten zwischen der Krankenkasse und dem Arbeitgeber verteilt wurden. Grundlage des Lebensunterhaltes sollte nach der Neuregelung das Krankengeld sein, das zu diesem Zweck für die ersten sechs Wochen der Arbeitsunfähigkeit grundsätzlich von 50 % auf 65 %, beim Vorhandensein unterhaltsbedürftiger, mit dem Arbeiter in häuslicher Gemeinschaft lebender Angehöriger bis auf 75 % erhöht

---

1) 212. Sitzung des BT vom 24. Mai 1957, Protokoll S.12387 (Wiedergabe des Beschlusses durch den SPD-Abg. Richter).

2) Vgl. Information in AuR 1957, S.54/55; SCHELP und HERBST in BArbBl 1956, S.67 ff., die zugleich einen Überblick über die geschichtliche Entwicklung der Lohnfortzahlung geben.

3) BGBl. I, S.649.

4) Vgl. zu den übrigen im Parlament erörterten Lösungsmöglichkeiten und zur Entstehungsgeschichte des Gesetzes im allgemeinen SCHELP-TRIESCHMANN aaO. S.109 ff. insbes. S.112/115 und SCHMATZ-FISCHWASSER aaO., Einführung S.22 ff.

wurde (§ 182 Abs.I, Nr.2 RVO n.F.). Zu diesem Krankengeld einschließlich der Zuschläge aus der gesetzlichen Krankenversicherung oder den entsprechenden Leistungen aus der Unfallversicherung hatte der Arbeitgeber einen Zuschuß zu zahlen, und zwar in der Höhe, daß der Arbeiter im Ergebnis 90 % des Nettoarbeitsentgelts (dieser Begriff wird in § 2 ArbKrankhG näher definiert) erhielt (§ 1 Abs.I ArbKrankhG). Zur Gewährung des Zuschusses ist der Arbeitgeber jedoch erst nach vierwöchiger ununterbrochener Dauer des Arbeitsverhältnisses verpflichtet (§ 1 Abs.II ArbKrankhG).

Da die Zuschußleistung nach dem ArbKrankhG von der Krankengeldzahlung abhängig ist, erlangten die Karenztage des § 182 Abs.II RVO a.F. auch hierfür Bedeutung. Sie waren eingeführt worden, um den Arbeiter davon abzuhalten, ohne ernsthaften Anlaß "krank zu feiern". Die Karenztage wurden durch das ArbKrankhG von 3 auf 2 herabgesetzt und entfallen ganz, wenn die Arbeitsverhinderung länger als zwei Wochen dauert oder auf einen Arbeitsunfall oder eine Berufskrankheit zurückgeht (§ 182 Abs.I, Ziff.2, S.4 RVO n.F.). -

Durch Gesetz vom 12. Juni 1961 [1] wurde das ArbKrankhG in einigen Teilen geändert, womit eine weitere rechtliche Annäherung der Arbeiter an die Angestellten erreicht wurde. Wesentlichste Neuregelung: Der Arbeitgeberzuschuß zum Krankengeld geht nunmehr bis zum vollen Nettoarbeitsentgelt (§ 1 Abs.I, S.2 ArbKrankhG n.F.). Außerdem wurde durch das Änderungsgesetz die Krankengeldregelung in einigen Punkten modifiziert [2]. - Bis auf die nach wie vor bestehenden Karenztage und die 4-Wochenfrist in § 1 Abs.II ArbKrankhG sind die

---

1) BGBl. S.913.

2) Vgl. die ausführliche Darstellung der Änderungen in BB 1961, S.289; 1961, S.334 (das Gesetz war damals erst in Vorbereitung).

Arbeiter jetzt also während der Krankheit w i r t s c h a f t l i c h den Angestellten gleichgestellt, wenn man hier einmal davon absieht, daß sie die Hälfte des zur Zahlung des Krankengeldes erforderlichen Betrages durch eigene Beitragszahlungen aufbringen müssen. Im Rahmen der von der Bundesregierung geplanten Sozialreform soll den Arbeitern die volle Gleichstellung verschafft werden.

So viel als grober Überblick über die neue Regelung der Lohnfortzahlung für Arbeiter durch das ArbKrankhG. Die rechtlichen Probleme ließen auch unter der Herrschaft des neuen Gesetzes nicht lange auf sich warten.

III. Die Auslegung des Begriffs "Arbeitsunfähigkeit" in § 1 Abs.I, S.1 ArbKrankhG.

Ein gutes Beispiel für die Wechselwirkungen zwischen dem ArbKrankhG und dem Sozialversicherungsrecht bietet die Auslegung des Begriffs "Arbeitsunfähigkeit" in § 1 Abs.I, S.1 ArbKrankhG. Hat der Arbeiter nur dann einen Anspruch auf Zuschuß zum Krankengeld gegen den Arbeitgeber, wenn er körperlich arbeitsunfähig (bettlägerig krank) ist, oder greift das ArbKrankhG auch dann ein, wenn zwar eine Krankheit vorliegt, der Arbeiter aber dennoch - jedenfalls zunächst noch - körperlich in der Lage ist zu arbeiten ? Die Frage erlangt besonders dann praktische Bedeutung, wenn der Arbeiter zu einer vorbeugenden Kur verschickt wird. Der II. Senat hat in mehreren Urteilen den Standpunkt vertreten, daß bei einer vorbeugenden Kur grundsätzlich k e i n Anspruch auf einen Arbeitgeberzuschuß zu den Versicherungsleistungen bestehe. Das

ergebe sich aus der Akzessorietät des Arbeitgeberzuschusses zum Krankengeld [1]. In einem neueren Urteil hat der II. Senat an dieser Ansicht festgehalten [2]. -

Zur Problemabgrenzung sei folgendes vorangestellt:

Es geht hier nicht um eine a l l g e m e i n e Definition des Begriffs "Krankheit". Darunter läßt sich jeder regelwidrige Körper- oder Geisteszustand verstehen. Ein Rechtsstreit darüber, ob ein Arbeitnehmer ü b e r h a u p t krank ist, dürfte sich wohl kaum einmal ergeben. Die juristischen Probleme tauchen erst bei den Auswirkungen einer Krankheit auf [3]. Während eine Krankheit im Sozialversicherungsrecht bereits dann von Bedeutung ist, wenn der erkrankte versicherte Arbeitnehmer behandlungsbedürftig ist, wird sie im Arbeitsrecht erst dann erheblich, wenn der Arbeitnehmer dadurch seine Arbeitsleistung nicht erbringen kann, wenn er, wie es § 1 Abs.I ArbKrankhG formuliert, "arbeitsunfähig krank" ist. Im vorliegenden Fall ist durch Auslegung der einschlägigen Gesetzesbestimmungen zu ermitteln, welchen G r a d die Krankheit erreicht haben muß, um eine Arbeitsunfähigkeit zu begründen und damit einen Anspruch des Arbeiters auf Zuschuß zum Krankengeld auszulösen.

---

1) Urt. vom 18.12.1958 - 2 AZR 166/58 - BAGE Bd.7, S.142 ff. = AP Nr.11 zu § 1 ArbKrankhG = NJW 1959, S.787 = AuR 1959, S.255; vom 17.3.1960 - 2 AZR 471/58 - AP Nr.15 zu § 1 ArbKrankhG; vom 24.3.1960 - 2 AZR 208/58 - AP Nr.16 zu § 1 ArbKrankhG; vom 28.4.1960 - 2 AZR 502/58 - AP Nr.17 zu § 1 ArbKrankhG; vgl. auch LAG Mainz in AP Nr.8 zu § 1 ArbKrankhG.

2) Urt. vom 10.5.1962 - 2 AZR 222/61 - NJW 1962, S.1693 = AP Nr.36 zu § 616 BGB.

3) Der Unterschied zwischen Krankheit und rechtlich erheblichen Krankheitsfolgen ergibt sich bereits aus den Gesetzesformulierungen, wird aber anscheinend nicht immer klar erkannt, so z.B. bei HESSEL, Krankheit im Arbeitsrecht, S.14/15.

1) Im Rahmen einer eingehenden Untersuchung dieses Problems ist es angebracht, die Auslegung der älteren Lohn- und Gehaltsfortzahlungsbestimmungen mit in die Betrachtung einzubeziehen. Die Situation nach Inkrafttreten des ArbKrankhG wird dann besser verdeutlicht. - Der Begriff "Arbeitsunfähigkeit" taucht weder in § 133 c GewO, noch in § 63 HGB oder § 616 Abs.I BGB auf. Die §§ 133 c GewO und 63 HGB machen die Fortzahlung der Vergütung davon abhängig, daß der Arbeitnehmer durch unverschuldetes Unglück (wozu auch Krankheiten zu zählen sind) an der Dienstleistung verhindert wird. § 616 Abs.I BGB drückt insoweit etwa das gleiche aus, wenn dort die Lohn- und Gehaltsfortzahlung davon abhängig gemacht wird, daß der Dienstverpflichtete "für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden a n d e r D i e n s t l e i s t u n g v e r h i n d e r t wird".

a) Aufgrund der Fassung der genannten Bestimmungen wird allgemein angenommen, daß eine absolute Arbeitsunfähigkeit zur Begründung von Gehaltsfortzahlungsansprüchen nicht unbedingt erforderlich sei. Eine "Verhinderung an der Dienstleistung" liege auch dann vor, wenn die Leistung dem Arbeitnehmer nach Treu und Glauben unzumutbar sei, wenn er also ein Recht zur Nichtleistung der Arbeit wegen gewichtiger entgegenstehender Eigeninteressen habe [1]. Aus diesem Grunde nimmt die Recht-

---

1) So schon das RAG in ARS Bd.10, S.160; Bd.28, S.269; Bd.31, S.206; Bd.41, S.389 = RAGE Bd.24, S.354. Ebenso das BAG in st. Rspr. vgl. Urt. vom 17.11.1960 - 2 AZR 97/59 - AP Nr.21 zu § 63 HGB = BB 1961, S.96; Urt. vom 24.2.1961 - 1 AZR 165/59 - AP Nr.22 zu § 63 HGB = NJW 1961, S.985 = BB 1961, S.290,482 = AuR 1961, S.122,316 = Betrieb 1961, S.542 = RdA 1961, S.219 = SAE 1961, Nr.99 m. Anm. von GOTZEN; Urt. vom 17.3.1961 - 1 AZR 288/59 - AP Nr.23 zu § 63 HGB m. zust. Anm. von HUECK = BB 1961, S.826 = AuR 1961, S.380 = Betrieb 1961, S.1032 = NJW 1961, S.1694 = RdA 1961, S.298 = SAE 1961, Nr.100 m. Anm. von GOTZEN; weiterhin LAG Mannheim in AP Nr.6 zu § 63 HGB; LAG

sprechung auch dann eine Arbeitsverhinderung durch unverschuldetes Unglück bzw. nicht in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe an, wenn der Arbeitnehmer durch ein körperliches Leiden zwar nicht absolut arbeitsunfähig ist, aber infolge einer zur Beseitigung oder Linderung desselben ärztlich angeordneten Kur nicht zur Arbeit erscheinen kann [1]. Während das BAG früher darauf abstellte, ob die Kur gemäß den §§ 13, 14 AngVG von der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte (BfA) gewährt worden war, ist nach der neueren Rechtsprechung auch dann eine Gehaltsfortzahlung möglich, wenn die Kur auf Veranlassung einer anderen Stelle (Gesundheitsamt oder auch Privatarzt) durchgeführt wird [2]. Diese Auslegung ist mit dem Wortlaut der §§ 616 Abs.I BGB, 63 HGB und 133 c GewO vereinbar. Sie wäre auch, wenn man n u r das Interesse des Arbeitnehmers zu berücksichtigen brauchte, deshalb richtig, weil die dem Arbeitnehmer zumutbare Opfergrenze überschritten wäre, wenn er mit einer Kur bis zum körperlichen Zusammenbruch bzw. bis zum Eintritt der Invalidität warten müßte, abgesehen davon, daß die Rentenversicherung gemäß § 20 AngVG und § 1243 RVO die Leistungen kürzen oder sogar ganz verweigern kann, wenn sich der Arbeitnehmer ohne triftigen Grund einer erforder-

---

Düsseldorf in BB 1960, S.664; ArbG Offenbach in BB 1962, S.97.
Vgl. auch SCHLEGELBERGER-SCHRODER, HGB, Anm.2 zu § 63; LANDMANN-ROHMER-FROHLER, GewO, Anm. 8b zu § 133 c; STAUDINGER-NIPPERDEY-MOHNEN-NEUMANN aaO. Anm.75 zu § 616 m.w.Nachw.

1) S. die in Fußn.1 auf Seite 94 genannten Entscheidungen. Voraussetzung ist nach der Formulierung des BAG, daß der Arbeitnehmer "durch Krankheit oder Gebrechen in seiner Erwerbsfähigkeit beeinträchtigt und nicht nur erholungsbedürftig ist, daß die Erwerbsfähigkeit durch die Kur voraussichtlich erhalten, wesentlich gebessert oder wiederhergestellt werden kann und daß die durchzuführende Kur zur Erreichung dieses Zweckes erforderlich ist" (AP Nr.23 zu § 63 HGB, Leitsatz Ziff.2; Bl.4). Das entspricht der Fassung des § 13 AngVG.

2) BAG AP Nr.23 zu § 63 HGB = BB 1961, S.826.

lichen Kur widersetzt und infolgedessen erwerbs- oder berufsunfähig wird [1].

b) Diese herrschende Auslegung des Begriffs "Dienstverhinderung bedarf allerdings mit Rücksicht auf das nicht außer acht zu lassende Arbeitgeberinteresse einer Einschränkung. Die Pflicht des Arbeitgebers zur Gehaltsfortzahlung beruht zwar nicht auf dem schuldrechtlichen Austauschverhältnis Arbeit - Lohn, sondern folgt aus dem personenbezogenen Charakter des Arbeitsverhältnisses. Stets aber ist die Weiterzahlung der Vergütung an den B e s t a n d des Arbeitsverhältnisses als rechtliches Band zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber geknüpft; denn es wäre sinnwidrig, dem Arbeitgeber Fürsorgepflichten gegenüber Personen aufzuerlegen, die zu ihm in keiner rechtlichen Beziehung stehen. Dieser Grundsatz kommt in abgewandelter Form in der Entscheidung des I. Senats des BAG vom 17.3.1961 [2] zum Ausdruck, wo es heißt, zu fordern sei stets, "daß die Heilbehandlung, die während der Zeit der Freistellung von der Arbeit durchgeführt wird, insofern in einem Zusammenhang mit der Arbeitsverrichtung steht, als sie für diese von Vorteil ist oder wenigstens sein kann". Die Gehaltsfortzahlung bei einer vorbeugenden Heilbehandlung ist unter Berücksichtigung des Arbeitgeberinteresses nur dann sinnvoll, wenn die Krankheit des Arbeitnehmers das Arbeitsverhältnis ohne eine Behandlung voraussichtlich stören wird. Deshalb ist in diesen Fällen die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Weiterzahlung der Vergütung auf die Fälle zu beschränken, in denen die Kurbehandlung erforderlich ist, um eine anderenfalls

---

1) S. hierzu das Urteil des II. Senats des BAG vom 10.5.1962 in NJW 1962, S.1693, allerdings insoweit nur mit kursorischer Begründung.

2) Wie Fußn.2 auf Seite 95.

i n a b s e h b a r e r Z e i t drohende absolute Arbeitsunfähigkeit zu verhindern [1]. MOLITOR [2] schränkt die Gehaltsfortzahlungspflicht dagegen zu weit ein, wenn er darauf abstellt, ob die Arbeitsunfähigkeit u n m i t t e l b a r bevorsteht. Diese Auslegung ist zu wenig beweglich, um den mannigfachen Unterschieden der einzelnen Fälle gerecht zu werden. Eine Störung des Arbeitsverhältnisses ist auch dann zu erwarten, wenn die körperliche Arbeitsunfähigkeit zwar nicht unmittelbar, aber doch "in absehbarer Zeit" eintreten kann. - - Hat dagegen eine Kur lediglich den Zweck, einer möglicherweise erst nach Jahren (etwa in fortgeschrittenem Alter) zu erwartenden Arbeitsunfähigkeit vorzubeugen, dann ist eine Belastung des Arbeitgebers mit der Sorge für den Lebensunterhalt des Arbeitnehmers mit dem immanenten Zweck der Vergütungsfortzahlung nicht vereinbar; denn es ist völlig ungewiß, ob das Arbeitsverhältnis im Zeitpunkt des mutmaßlichen Eintritts der Arbeitsunfähigkeit überhaupt noch b e s t e h e n wird. Auch in einem solchen Fall mag es für den Arbeitnehmer nicht zumutbar sein, mit der Heilbehandlung zu warten; die Sorge für seinen Lebensunterhalt fällt dann aber in den Bereich der Sozialversicherung, nicht des Arbeitgebers. Es darf nicht übersehen werden, daß der Arbeitgeber keine soziale Einrichtung ist und mit privatrechtlichen Verpflichtun-

---

1) wobei der Begriff "absehbar" seinerseits wieder ausfüllungsbedürftig ist. Objektive Maßstäbe dürften sich hier kaum anlegen lassen. Ob eine Arbeitsunfähigkeit in absehbarer Zeit droht, wird nach den Eigenarten des einzelnen Arbeitsverhältnisses zu entscheiden sein; denn es geht hier um die Zumutbarkeit der Gehaltsfortzahlung für den Arbeitgeber. Gerade deshalb ist hier die Einführung eines solchen "Lockerungsbegriffes" im Wege teleologischer Auslegung am Platze. Etwa wie hier BOBROWSKI-GAUL aaO. S.322, der von der "unmittelbaren Gefahr einer baldigen Erkrankung" spricht.

2) BB 1959, S.921 ff.; BB 1961, S.180 ff.

gen ohne entsprechende Gegenleistung nur insoweit belastet werden kann, als zumindest mittelbar seine eigenen Interessen im Spiele sind [1].

Eine sinnvolle Beschränkung der Gehaltsforderung im Krankheitsfall ist heute bedeutsamer als früher, nachdem die Rentenreform des Jahres 1957 die Möglichkeiten vorbeugender Heilbehandlung erheblich erweitert hat. § 41 AngVG a.F. sah ein Heilverfahren nur dann vor, wenn zu erwarten war, daß die infolge einer K r a n k h e i t drohende Invalidität eines versicherten Arbeitnehmers abzuwenden sein oder daß ein bereits invalider Arbeitnehmer durch die Behandlung wieder arbeitsfähig werden würde. Insbesondere im Interesse der Volksgesundheit eröffnen die §§ 13 und 14 AngVG n.F. die Möglichkeit, auch schon im Frühstadium einer Krankheit Heilmaßnahmen einzuleiten. Bereits die Gefährdung oder Minderung der Erwerbsfähigkeit eines Arbeitnehmers ermöglicht jetzt eine vorbeugende Behandlung, wenn die Erwerbsfähigkeit dadurch voraussichtlich erhalten, wesentlich gebessert oder wiederhergestellt werden kann. Entsprechende Änderungen erfuhr auch die RVO (vgl. § 1310 a.F.; §§ 1236, 1237 n.F.).- Der soziale Schutzcharakter der §§ 63 HGB, 133 c GewO macht es nach alledem erforderlich, sie im Rahmen ihres möglichen Wortsinnes zugunsten des Arbeitnehmers auszulegen. Zugleich ist aber eine Überbelastung des Arbeitgebers zu vermeiden. Deshalb ist bei der Auslegung des Begriffs "Arbeitsverhinderung" auch darauf abzustellen, ob ihre Ursache, die Krankheit, den normalen Ablauf des Arbeitsverhältnisses hindert oder wahrscheinlich hindern wird. Anderenfalls besteht kein Anknüpfungspunkt für eine Gehaltsfortzahlungspflicht des Arbeitgebers.

---

1) Eine Verpflichtung zur Weiterzahlung der Vergütung entfällt danach ohne weiteres, wenn der Arbeitnehmer nicht zu Vorbeugungszwecken, sondern nur zur Erholung eine Kur antritt. - S. auch insoweit BAG AP Nr.23 zu § 63 HGB = BB 1961, S.826.

Mit dieser Einschränkung ist der Auslegung, die der Begriff "Dienstverhinderung" in Rechtsprechung und Schrifttum gefunden hat, zu folgen.

2) § 1 Abs.I, S.1 ArbKrankhG brachte nun gegenüber den entsprechenden älteren Bestimmungen eine etwas abweichende Fassung:

> "Ist ein Arbeiter infolge Krankheit an seiner Arbeitsleistung verhindert (Arbeitsunfähigkeit), ohne daß ihn ein Verschulden trifft, so hat er gegen seinen Arbeitgeber einen Anspruch auf Zahlung eines Zuschusses zu den Leistungen aus der gesetzlichen Kranken- oder Unfallversicherung".

Das ArbKrankhG übernimmt hier zwar zunächst die Formulierung der älteren Vorschriften, benutzt sie jedoch sodann als Legaldefinition für den Begriff "Arbeitsunfähigkeit". Die Wortinterpretation eröffnet danach mehrere Möglichkeiten. Es ist denkbar, daß nur die absolute körperliche Arbeitsunfähigkeit einen Zuschußanspruch des Arbeiters eröffnen soll, wofür die erstmalige Aufnahme des Begriffs "Arbeitsunfähigkeit" in den Gesetzestext spricht. Andererseits ist im Rahmen einer wörtlichen Auslegung aber nicht auszuschließen, daß insoweit die Regelungen in den älteren Bestimmungen übernommen werden sollten. Es ist durchaus denkbar, daß die Auslegung des Begriffs "Dienstverhinderung" auch bei der Anwendung des ArbKrankhG beibehalten werden soll und der Gesetzgeber mit der Legaldefinition nicht einen medizinischen, sondern einen sozialen Tatbestand "Arbeitsunfähigkeit" umschreiben wollte. Für diese Annahme spricht insbesondere, daß die Formulierung "an seiner Arbeitsleistung verhindert" der Formulierung "an der Leistung der Dienste verhindert" in § 63 HGB nahezu gleicht. Da dem Gesetzgeber des ArbKrankhG die herrschende Auslegung der §§ 63 HGB und 133 c GewO bekannt war, hätte er, wenn er einen neuen Begriff der Arbeitsverhinderung hätte schaffen

wollen, eine Wortwahl treffen können, die betont anders ist als in den entsprechenden Teilen der älteren Vorschriften [1].

3) Auf die grammatische folgt auch hier die systematische Auslegung. Dabei bedarf es einiger Ausblicke auf das Sozialversicherungsrecht. Das ArbKrankhG ist zwar ein arbeitsrechtliches Gesetz; da die Leistungen des Arbeitgebers aber als Zuschüsse zu den Leistungen der Kranken- oder Unfallversicherung mit letzteren verbunden sind, läßt sich § 1 Abs.I, S.1 ArbKrankhG nicht allein aus sich heraus, sondern nur im Zusammenhang mit den entsprechenden Vorschriften der RVO auslegen [2]. Dabei bietet sich zunächst § 182 Abs.I, Ziff.2 RVO an. Das Krankengeld, die Voraussetzung für die Zuschußzahlung des Arbeitgebers (§ 1 Abs.I, S.2 ArbKrankhG), wird danach nur bei A r b e i t s u n f ä h i g k e i t gewährt, und zwar bei Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten von dem Tage an, an dem die Arbeitsunfähigkeit ärztlich festgestellt wird, sonst vom darauffolgenden Tage an. § 182 RVO unterscheidet zwischen Krankenpflege und Krankengeld (Oberbegriff für beide: Krankenhilfe). Während Krankenpflege grundsätzlich bei jeder Krankheit gewährt wird, entsteht der Kranken g e l d anspruch eben nur bei Arbeitsunfähigkeit, was dafür spricht, daß hier verschärfte Maßstäbe anzulegen sind. Aus der Systematik der Sozialversicherung ergeben sich sodann weitere Anhaltspunkte dafür, daß bei einer vorbeugenden Kur keine Arbeitsunfähigkeit und damit auch kein Anspruch auf

---

1) Vgl. dazu im allgemeinen SIEBERT, Gesetzesauslegung S.39.

2) Der Unterschied zu den entsprechenden älteren Vorschriften wird hier augenfällig. Die §§ 616 Abs.I BGB, 63 HGB, 133 c GewO enthalten hinsichtlich der Anspruchsvoraussetzungen keine Verweisung auf die RVO, lassen sich also (mit Ausnahme des § 616 Abs.I) ohne Beachtung sozialversicherungsrechtlicher Vorschriften auslegen.

Krankengeld besteht. Viele Fälle vorbeugender Heilbehandlung werden von der Rentenversicherung erfaßt (§§ 1226 ff. RVO, insbes. §§ 1235 ff.). Im Unterschied zu § 182 RVO gebraucht § 1235 Ziff.1 RVO nicht den Begriff "Arbeitsunfähigkeit", sondern spricht von "Maßnahmen zur Erhaltung, Besserung und Wiederherstellung der Erwerbsfähigkeit". Ist unter Arbeitsunfähigkeit die vorübergehende Folge einer akuten Krankheit zu verstehen, so ist "Erwerbsunfähigkeit" ein Synonym für "Invalidität" [1]. Das entspricht dem unterschiedlichen Charakter der Kranken- und der Rentenversicherung [2]. Bei einer vorbeugenden Heilbehandlung, die nur eine drohende vorübergehende A r b e i t s unfähigkeit abwenden soll, greift die Rentenversicherung also nicht ein. Hier ist wieder die Krankenversicherung zuständig, deren Leistungen sich aber bei enger wörtlicher Auslegung des § 182 RVO auf Kranken p f l e g e beschränken würden. Ein Anspruch auf Kranken g e l d besteht in einem solchen Fall bei enger wörtlicher und systematischer Auslegung nicht; denn dieses wird - lehnt man sich eng an den Gesetzeswortlaut (§ 182 Abs.I, Ziff.2 RVO) an - nur bei bereits eingetretener a b s o l u t e r Arbeitsunfähigkeit gewährt.

---

1) BRACKMANN, Handbuch der Sozialversicherung, Band III, Arbeiterrentenversicherung unter B, I (S.664 m/n).

2) Es geht deshalb - das sei am Rande bemerkt - nicht an, die versicherungsrechtliche Unterscheidung zwischen Arbeitsunfähigkeit und Erwerbsunfähigkeit allgemein auf das Arbeitsrecht zu übertragen, zumal die für Angestellte geltenden Gehaltsfortzahlungsvorschriften in keinem unmittelbaren Zusammenhang mit Bestimmungen des Sozialversicherungsrechts stehen. Die Trennung der beiden Begriffe erfolgt in der RVO in erster Linie zum Zwecke der Abgrenzung der Zuständigkeit der einzelnen Versicherungsträger. Die Gehaltsfortzahlungsvorschriften, die ein Ausdruck der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers sind, verlangen eine solche begriffliche Unterscheidung nicht. Deshalb kann ein Angestellter grundsätzlich auch dann sechswöchige Gehaltsfortzahlung verlangen, wenn er (etwa infolge eines Herzinfarkts) dauernd an der Dienstleistung verhindert ist. Richtig BAG, Urt. vom 3.11.1961 - 1 AZR 383/60 - AP Nr.1 zu § 78 SeemannsG m.zust. Anm. von HUECK = BB 1962, S.48 = Betrieb 1962, S.102 = RdA 1961, S.500. Unrichtig BOBROWSKI-GAUL aaO. S.321.

4) Diese scharfe, aus der Systematik der RVO folgende Abgrenzung des Begriffs "Arbeitsunfähigkeit" ist nicht glücklich und auch mit den Zwecken der RVO nicht vereinbar. Die Sozialversicherung dient als Instrument zur Erhaltung und Förderung der Volksgesundheit. Dieser Zweck wäre gefährdet, wenn erst der körperliche Zusammenbruch eines kranken (versicherten) Arbeitnehmers eine Arbeitsunfähigkeit i.S. des § 182 RVO begründen würde. Viele kranke Arbeiter würden dann mit einer Kurbehandlung zögern, weil das fehlende Krankengeld ihren Lebensunterhalt gefährden müßte. Der dann folgende körperliche Zusammenbruch würde oft zu erheblichen, möglicherweise sogar dauernden gesundheitlichen Schädigungen führen. Auf der anderen Seite bedeutet eine vorbeugende Heilbehandlung für die Krankenversicherung meist eine geringere Belastung als die Behandlung einer bereits voll zum Ausbruch gekommenen Krankheit. Die versicherungsrechtliche Praxis ist deshalb mit Recht bei der Auslegung des Begriffs "Arbeitsunfähigkeit" nicht übertrieben streng. Arbeitsunfähigkeit wird bejaht, wenn der Erkrankte nicht oder doch nur mit der Gefahr der Verschlimmerung seines Zustandes in der Lage ist, seiner bisher ausgeübten Erwerbstätigkeit nachzugehen. Eine Verschlimmerungsgefahr ist dann beachtlich, wenn sie in absehbarer Zeit zu gewärtigen ist [1].

Das bedeutet allerdings noch nicht ipso jure, daß der Zweck des ArbKrankhG dieselbe Auslegung des Begriffs "Arbeitsunfähigkeit" erfordere. Die Zwecke des ArbKrankhG und des Sozialversicherungsrechts sind verschieden. Ersteres will die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gegenüber dem einzelnen erkrankten Arbeiter festlegen, während letzteres, wie bereits erwähnt, das gesundheit-

---

1) BRACKMANN aaO. Bd.II, Krankenversicherung unter "Leistungen" B, III,2 (S.390 b) m.w.Nachw.; HÖHNE aaO. zu A II, 2 b (S.4).

liche Wohl der Gesamtheit zum Ziel hat. Es wäre also theoretisch möglich, daß die teleologische Auslegung des § 1 Abs.I, S.1 ArbKrankhG zu einem abweichenden Ergebnis führt [1].

Eine weite Auslegung des Begriffs "Arbeitsunfähigkeit" entspricht aber tatsächlich auch den Zwecken des ArbKrankhG und den Interessen der von ihm Betroffenen. Dem Gesetzeszweck entspricht sie deshalb, weil auf diese Weise die im Rahmen des Gesetzeswortlauts bestmögliche Sicherung der Arbeiter im Krankheitsfall verwirklicht wird. Zudem entspricht diese Auslegung auch dem objektiven Interesse der Arbeitgeber. Es ist für sie letztlich günstiger, wenn sich ein Arbeiter schon kurz vor einer drohenden absoluten Arbeitsunfähigkeit in Heilbehandlung begibt; denn die Nachteile durch Arbeitsausfälle sind dann in der Regel geringer, als wenn der Arbeiter - oft mit verminderter Arbeitskraft - bis zum körperlichen Zusammenbruch weiterarbeitet. Ein fehlender Krankengeldzuschuß dürfte manchen Arbeiter jedoch veranlassen, eine ärztlich empfohlene Kurbehandlung hinauszuzögern. Deshalb ist es angebracht, daß der Begriff "Arbeitsunfähigkeit" in § 1 Abs.I, S.1 ArbKrankhG auch die Fälle mitumfaßt, in denen eine vorbeugende Heilbehandlung erforderlich ist, um eine sonst in absehbarer Zeit drohende absolute Arbeitsunfähigkeit zu verhindern. Daß dies auch in besonderem Maße dem Interesse der Ar-

---

1) Es ist im übrigen auch durchaus denkbar, daß die Arbeitsgerichte der p r a k t i s c h e n Handhabung der Krankengeldzahlung durch die Sozialversicherungsträger nicht folgen und eine Arbeitsunfähigkeit i.S. des § 1 ArbKrankhG verneinen, auch wenn der Arbeiter Krankengeld erhält. Eine Bindung in der Weise, daß die tatsächliche Auszahlung von Krankengeld die Arbeitsunfähigkeit auch für den Arbeitgeberzuschuß unwiderlegbar feststellt, gibt es nicht. Vgl. MOLITOR in BB 1961, S.181 l.Sp.; JOACHIM in BB 1961, S.220; BAG, Urt. vom 28.4.1960 - 2 AZR 502/58 - AP Nr.17 zu § 1 ArbKrankhG (Bl.2). Ebenso BAG, Urt. vom 5.5.1950 - 2 AZR 271/58 - AP Nr.18 zu § 1 ArbKrankhG.

beiter entspricht, bedarf keiner weiteren Erklärung [1].

Der II. Senat des BAG hat in seinen Urteilen vom 17.3.1960 [2] und vom 24.3.1960 [3] einen Zuschußanspruch des Arbeiters bei einer vorbeugenden Heilkur zwar g r u n d s ä t z l i c h abgelehnt, dennoch aber den § 1 Abs.I, S.1 ArbKrankhG in dem hier dargestellten Sinne weit ausgelegt. Diese Ansicht wird im Schrifttum allgemein geteilt [4].

5) Die Begriffe "Dienstverhinderung" und "Arbeitsunfähigkeit" decken sich also im Ergebnis. In beiden Fällen gibt dabei die teleologische Auslegung den Ausschlag. Während bei dem Begriff "Dienstverhinderung" eine einschränkende Auslegung notwendig ist, erfordert es der Zweck des ArbKrankhG, den Begriff "Arbeitsunfähigkeit" weit auszulegen. Trotz nicht übereinstimmender gesetzlicher Formulierungen läßt sich auf diese Weise eine Lösung finden, die der insoweit in allen Fällen der Lohn- und Gehaltsfortzahlung gleichen Sach- und Interessenlage entspricht. Die Gegenüberstellung des § 1 Abs.I, S.1 ArbKrankhG mit den älteren Gehaltsfortzahlungsbestimmungen zeigt recht anschaulich, wie eine

---

1) Die Identität des Begriffs "Arbeitsunfähigkeit" in § 1 Abs.I, S.1 ArbKrankhG und § 182 RVO wird unter Hinweis auf die Akzessorietät von Krankengeld und Arbeitgeberzuschuß vom II. Senat des BAG ausdrücklich bejaht, Urt. vom 18.12.1958 - 2 AZR 166/58 - AP Nr.11 zu § 1 ArbKrankhG.

2) 2 AZR 471/58 - AP Nr.15 zu § 1 ArbKrankhG.

3) 2 AZR 208/58 - AP Nr.16 zu § 1 ArbKrankhG.

4) HILGER, Anm. zu AP Nr.11 zu § 1 ArbKrankhG; TRIESCHMANN in BArbBl. 1959, S.509; SCHNEIDER in AuR 1959, S.256; GOTZEN in SAE 1959, S.103 (beides Anmerkungen zur Entsch. des BAG vom 18.12.1958 - 2 AZR 166/58); SCHELP, Anm. zu AP Nr.17 zu § 1 ArbKrankhG; SCHELP-TRIESCHMANN aaO. S.6; HESSEL, Krankheit im Arbeitsrecht, S.16; SCHELLONG, ArbKrankhG, Anm.2 zu § 1 (S.4); MAUS, Handb. des Arbeitsrechts Bd.1, IV (Lohnzahlungspflicht) Anm.196 c (S.95).

sorgfältige Auslegung durch Überwindung eines gerade hier drohenden Wortformalismus zu Ergebnissen führt, die einmal mit dem Gesetzeswortlaut vereinbar sind und zum anderen den Sinngehalt des Gesetzes verwirklichen. Den Entscheidungen des BAG zu § 1 Abs.I, S.1 ArbKrankhG, insbesondere denen vom 17.3. und vom 24.3.1960 [1], ist deshalb im Ergebnis beizupflichten. Der G a n g der Auslegung wird dort zwar nur mit wenigen Sätzen angedeutet; die kurzen Ausführungen reichten indes im Rahmen dieser Entscheidungen aus, da das Ergebnis im Schrifttum unangefochten war und auch keinen Anlaß zu Bedenken gibt.

6) Die Entscheidung des II. Senats vom 18.12.1958 [2] ist nun insofern ein Sonderfall, als der Kläger dort sowohl Ansprüche gegen die Rentenversicherung als auch einen Anspruch auf Krankengeld hatte. Gemäß § 1239 S.1 RVO hatte zunächst die Rentenversicherung auch die Krankengeldleistungen übernommen. Die Krankenkasse hatte später der Rentenversicherung die verauslagten Beträge erstattet (§ 1239 S.4 RVO). - Hier taucht ein weiteres Auslegungsproblem auf. § 1 ArbKrankhG gewährt einen Arbeitgeberzuschuß zu den Leistungen a u s der gesetzlichen Kranken- oder Unfallversicherung. Kommt es nun darauf an, daß die Krankenkasse das Krankengeld d i r e k t an den versicherten Arbeiter zahlt, oder ist darauf abzustellen, ob ein A n s p r u c h auf Krankengeld besteht und die Krankenkasse - wenn auch im Falle des § 1239 RVO auf dem Umweg über die Rentenversicherung wirtschaftlich damit belastet ist ?

Die wörtliche Auslegung mit der wiederum zu beginnen ist, bietet beiden Möglichkeiten Raum, je nachdem, ob

---

1) Siehe Anm.1) und 2) auf S.104.

2) 2 AZR 166/58 - AP Nr.11 zu § 1 ArbKrankhG = BAGE Bd.7, S.142 = NJW 1959, S.787 = AuR 1959, S.256 = SAE 1959, Nr.27.

man das Gesetz sehr eng oder zwanglos nach allgemeinem Sprachgebrauch interpretiert. Davon geht das BAG richtig aus. - Man kann jedoch nicht bei der wörtlichen Auslegung stehen bleiben, wie es offensichtlich SCHMATZ-FISCHWASSER [1], SCHELP-TRIESCHMANN [2] und einige Landesarbeitsgerichte [3] tun. Dort wird einer engen Wortauslegung der Vorzug gegeben und der Anspruch auf einen Arbeitgeberzuschuß zum Krankengeld davon abhängig gemacht, daß die Krankenversicherung d i r e k t an den Arbeiter leistet. - Eine vertiefende Auslegung ist jedoch unumgänglich, nachdem die Wortinterpretation zu mehreren Ergebnissen führen kann.

Der II. Senat hat das Problem mit ebenso einfachen wie überzeugenden teleologischen Erwägungen geklärt:
§ 1239 RVO hat den Zweck, die Leistungen der Versicherungsträger verwaltungstechnisch zu vereinfachen und Schwierigkeiten, die durch die Beteiligung mehrerer Versicherungsträger bei der Durchführung der Heilverfahren entstehen können, zu vermeiden. Da die Krankenkasse der Rentenversicherung gemäß § 1239 S.4 RVO in Höhe des von dieser übernommenen Krankengeldes Ersatz leisten muß, ist sie es, die auch in diesem Fall wirtschaftlich das Krankengeld zahlt, das sie an sich direkt an den Versicherten hätte leisten müssen. Dem Zweck des § 1239 RVO entspricht es auch, daß es sich dabei um eine Kann-Vorschrift handelt. Es hängt von

---

1) aaO. Anm.3 zu § 1 (S.36).

2) aaO. S.117.

3) LAG Düsseldorf in AP Nr.2 zu § 1 ArbKrankhG = BB 1958, S.449; LAG Hamm in Betrieb 1958, S.574; LAG Mainz in BB 1958, S.879. Dort wird allein darauf abgestellt, welcher Versicherungsträger d e m b e t r e u t e n A r b e i t n e h m e r g e g e n ü b e r als Zahlstelle auftritt. Das LAG Düsseldorf (aaO.) weist zur Stützung seiner Entscheidung zusätzlich darauf hin, daß nach § 1239 S.3 RVO die Ansprüche des Betreuten gegen die Krankenversicherung ruhen, solange die Rentenversicherung Leistungen erbringt. Dabei wird übersehen, daß auch § 1239 S.3 RVO eine reine Zweckmäßigkeitsvorschrift ist.

bloßen Zweckmäßigkeitserwägungen ab, ob die Rentenversicherung von der Übernahmemöglichkeit Gebrauch macht oder nicht.

Demgegenüber hat der Arbeitgeberzuschuß des § 1 ArbKrankhG einen ganz anderen Zweck: nämlich den Lebensunterhalt des erkrankten Arbeiters sichern zu helfen. Man kann eine fürsorgerische Vorschrift wie den § 1 ArbKrankhG nicht mit einer bloßen Verwaltungsvorschrift, wie sie § 1239 RVO darstellt, in direkte Beziehung setzen. Das Ergebnis wäre ein Wortformalismus, der keinerlei Sinn erkennen ließe. Auszugehen ist vielmehr vom eindeutigen Zweck des ArbKrankhG. Die teleologische Auslegung ergibt, daß die maßgebliche Situation die gleiche ist, ob nun die Krankenkasse das Krankengeld d i r e k t an den Arbeiter zahlt oder ob die Leistung zunächst von der Rentenversicherung übernommen wird. In beiden Fällen besteht jedenfalls ein A n s p r u c h auf Krankengeld. Nur darauf kann es im Rahmen des § 1 ArbKrankhG ankommen. Dem II. Senat ist deshalb auch in diesem Punkte beizupflichten [1].

IV. Das Verhältnis des ArbKrankhG zu § 616 BGB und zu älteren tarifvertraglichen Regelungen.

1) Trotz der scheinbar klaren Bestimmung des § 11 Abs.II ArbKrankhG, wonach alle dem neuen Gesetz "entgegenstehenden" Vorschriften außer Kraft treten, hatte sich der I. Senat des BAG mit den beiden Fragen zu befas-

---

1) Vgl. auch die zustimmende Anm. von HILGER, AP Nr.11 zu § 1 ArbKrankhG; ebenso SCHELLONG aaO., Anm.2 zu § 1 (S.5).

sen,

+) ob § 616 BGB für Arbeiter, die unter das ArbKrankhG fallen, neben diesem Gesetz weitergilt und

+) ob für den Arbeiter im Verhältnis zum ArbKrankhG günstigere Tarifverträge nach dem 1.7.1957 wirksam geblieben sind.

Der Senat hat beide Fragen bejaht [1].

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Ein bei der AOK Mannheim (Klägerin) gegen Krankheit versicherter Montageschlosser (S) arbeitete seit dem 30.4.1956 bei der Beklagten. Infolge eines in der 5. Arbeitsstunde des 7. Oktober 1957 erlittenen Arbeitsunfalls war er länger als sechs Wochen arbeitsunfähig krank. - Das Arbeitsverhältnis zwischen S und der Beklagten unterstand einem bereits vor Inkrafttreten des ArbKrankhG vereinbarten Manteltarifvertrag (MTV), nach dem grundsätzlich nur die geleistete Arbeit entlohnt wurde. Von diesem Grundsatz galt jedoch bei nicht selbst verschuldeten Betriebsunfällen eine Ausnahme. Dem Arbeitnehmer sollte nach dem MTV bei unfallbedingter Arbeitsunfähigkeit bis zu acht Stunden am Unfalltag der Lohn weitergezahlt werden, bei einer Arbeitsunfähigkeit von zwei und mehr Tagen insgesamt acht Stunden entgangenen Arbeitsverdienstes.

Die Arbeitgeberin (Beklagte) hatte es abgelehnt, S den Lohn für acht Stunden weiterzuzahlen. Nach anfänglicher Weigerung zahlte daraufhin die AOK (Klägerin) dem S für den 7. und 8.10.1957 Krankengeld, ließ sich von ihm aber einen Lohnanspruch für acht Stunden (9,68 DM) abtreten und machte diesen Anspruch gegen-

---

1) Urteil vom 17.4.1959 - 1 AZR 189/58 - AP Nr.1 zu § 6 ArbKrankhG = BAGE Bd.7, S.348 ff.

über der Beklagten gerichtlich geltend. Diese lehnte auch der Klägerin gegenüber die Bezahlung ab mit der Begründung, der MTV sei hinsichtlich der Lohnfortzahlung nach Inkrafttreten des ArbKrankhG nicht mehr anzuwenden.

1) Der Senat stellt am Beginn seiner Entscheidung den Ausnahmecharakter der Lohnfortzahlungsbestimmung im MTV gegenüber der grundsätzlichen Abhängigkeit der Entlohnung von der geleisteten Arbeit heraus.

2) Im nächsten Abschnitt untersucht der Senat, ob S nach § 616 BGB weitere Ansprüche als nach dem MTV hätte geltend machen können. Entgegen der im Urteil zitierten überwiegenden Meinung im Schrifttum war der I. Senat der Ansicht, daß § 616 BGB auch für Sachverhalte, die unter das ArbKrankhG fallen, weitergelte.

a) Der Senat führt aus, die Feststellung, das ArbKrankhG sei gegenüber § 616 BGB lex specialis, sei kein Argument gegen die Weitergeltung; denn eine feste Regel, daß die lex specialis die lex generalis verdränge, existiere nicht.

b) Hier sei es indes sogar so, daß § 616 BGB, sofern er nicht abgedungen sei und Platz greife, die Anwendung des ArbKrankhG ausschließe. Die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Zuschußzahlung setze voraus, daß der Arbeitnehmer Krankengeld erhalte. Nach § 189 RVO wiederum ruhe der Anspruch auf Krankengeld, wenn und soweit er während der Krankheitszeit weiterhin Lohn erhalte. Sei also der Arbeitgeber nach § 616 Abs.I BGB für die erste, nicht erhebliche Zeit zur Lohnfortzahlung verpflichtet, so entfalle notwendigerweise das Krankengeld und damit auch der Arbeitgeberzuschuß nach dem ArbKrankhG.

c) Weiterhin komme noch hinzu, daß sich das ArbKrankhG als "Gesetz zur Verbesserung der wirtschaftlichen Sicherung der Arbeiter im Krankheitsfall" bezeichne. Es sei deshalb nicht einzusehen, warum § 616 Abs.I BGB entfallen solle, wenn der Arbeiter bei voller Lohnfortzahlung besser gestellt sei als nach dem ArbKrankhG. Demgegenüber sei ein argumentum e contrario aus § 7 ArbKrankhG verfehlt. § 616 Abs.I BGB sei auch keine "entgegenstehende Vorschrift" i.S. des § 11 Abs.II ArbKrankhG (ohne nähere Begründung). Das Argument der größeren Praktikabilität müsse ebenfalls zurücktreten, weil es zu Lasten der Arbeitnehmer gehe und deren Lage namentlich bei kürzeren Krankheiten dann verschlechtere, wenn § 616 BGB nicht abgedungen sei.

d) § 616 BGB war hier jedoch durch die Bestimmung des MTV abgedungen, wonach bei Arbeitsunfähigkeit infolge eines Betriebsunfalls der Lohn n u r für acht Stunden weiterzuzahlen war. Der I. Senat wendete den § 616 BGB deshalb im Ergebnis nicht an.

3) Aus § 6 ArbKrankhG, wonach die Vorschriften dieses Gesetzes nicht zu Ungunsten des Arbeiters abgedungen werden können, ergibt sich nach Ansicht des Senats, daß sich ein Arbeiter auch nach dem Inkrafttreten des ArbKrankhG auf eine frühere abweichende Vereinbarung (hier: Tarifvertrag) berufen kann, wenn ihn diese günstiger stellt. Dabei dürften nicht einzelne Bestimmungen der beiden Regelungen i s o l i e r t verglichen werden; es sei vielmehr darauf abzustellen, wie der Arbeiter i m E i n z e l f a l l nach jeder der beiden Regelungen im Gesamtergebnis stehe. Im vorliegenden Fall kam der Senat mit in diesem Zusammenhang nicht weiter interessierenden Argumenten zu dem Ergebnis, daß die wirtschaftliche Stellung nach dem ArbKrankhG günstiger sei und daher ein Anspruch aus dem MTV nicht bestehe.

a) Wie die Wiedergabe der Entscheidung des I. Senats bereits erkennen läßt, handelt es sich hier um ebenso wichtige wie praktisch schwierige Auslegungsfragen, nämlich um zwei Fälle der Normenkollision.

Einmal stoßen zwei gleichrangige Rechtsquellen, nämlich § 616 BGB und das ArbKrankhG aufeinander. In welchem Verhältnis stehen die beiden Gesetze zueinander, wenn das spätere Gesetz (das ArbKrankhG) darüber keine eindeutige Vorschrift enthält ?

Zugleich kollidiert hier eine Gesetzesnorm (das ArbKrankhG) mit einer älteren Norm niederen Ranges (dem MTV). Gemäß § 6 ArbKrankhG sind insoweit nur solche Tarifnormen bedeutsam, die den Arbeiter im Verhältnis zum Gesetz günstiger stellen. Gelten aber ältere Tarifverträge nach dem 1.7.1957 überhaupt weiter ? Wenn ja, wie ist die Frage der Günstigkeit zu beantworten ?

Die aufgeworfenen Fragen lassen erkennen, daß hier ganz andere Auslegungsprobleme auftauchen als im vorhergehenden Abschnitt bei der Behandlung der Entscheidung des II. Senats vom 24.2.1955. Das ArbKrankhG ist ein junges Gesetz, und bei jungen Gesetzen spielen Fragen der Rechtsfortbildung contra legem infolge Veränderung der sozialen Verhältnisse in der Regel noch keine Rolle. Allerdings zeigt die Entscheidung des GS des BAG vom 16.3.1962 zu § 1 HausarbTagsG NRW [1], daß die heutige rasche Veränderung des Soziallebens, die großenteils durch die beiden Weltkriegskatastrophen bedingt ist, zu einem relativ raschen Altern von Gesetzen führen kann. Beim ArbKrankhG sind derartige Rechtsfortbildungsprobleme jedoch bislang nicht aufgetreten. Die Interpretation beschränkt sich deshalb auf eine Auslegung i.e.S. Die Entscheidung des I. Senats ist allerdings

1) S. Fußn.2 auf S.50.

derart kurz begründet, daß die maßgeblichen Auslegungskriterien entweder gar nicht oder doch nur sehr unvollständig aus ihr zu entnehmen sind.

b) Zum Verhältnis des ArbKrankhG zu § 616 BGB.

aa) Richtig ist zunächst der Hinweis des I. Senats auf die Spezialität des ArbKrankhG gegenüber § 616 BGB. Während § 616 BGB alle schuldlosen, in der Person i r g e n d e i n e s Arbeitnehmers begründeten Arbeitsverhinderungen behandelt, greift das ArbKrankhG eine Fallgruppe, nämlich die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit von Arbeitern, heraus [1]. § 616 BGB wird also insoweit durch das ArbKrankhG als lex specialis überlagert [2].

Richtig ist weiterhin die Feststellung, daß die Spezialität des ArbKrankhG a l l e i n kein Argument sei, um die Anwendbarkeit des § 616 BGB hinsichtlich der Krankheit von Arbeitern auszuschließen. Da der Gesetzgeber in der rechtlichen Gestaltung der Lebensverhältnisse frei ist, läßt sich durchaus der Fall denken, daß er beim Erlaß einer Spezialregelung von der Vorstellung ausgegangen ist, die bereits bestehende generelle Regelung solle weiterhin kumulativ, alternativ oder subsidiär neben der Neuregelung weitergelten. Ein zwingender logischer Grundsatz, daß die lex specialis die lex generalis ausschließt, besteht jedenfalls nicht. So hat man z.B. die Möglichkeit eines Nebeneinander von § 616 BGB und § 63 HGB bejaht, obgleich § 63 HGB gegenüber § 616 BGB lex specialis ist [3]. - Das Verhältnis

---

1) Zur Spezialität im allgemeinen S. LENT, Gesetzeskonkurrenz S.9 ff.

2) Vgl. SCHEDIWY in RdA 1958, S.51 ff. (52 l.Sp.).

3) HUECK-NIPPERDEY aaO., Bd.I, S.314 unter Hinweis auf eine ältere Entscheidung des OLG Colmar vom 22.11.1915 (OLGE Bd.32, S.94); STAUDINGER-NIPPERDEY-MOHNEN-NEUMANN aaO. Anm.5 zu § 616 m.w. Nachweisen. S. hierzu auch Art.32 EGBGB, Art.2 EGHGB.

lex specialis - lex generalis ist also nicht a priori festgelegt, ist vielmehr in jedem Falle mit Hilfe der anerkannten Auslegungsmittel zu klären [1]. Auslegungsgegenstand ist dabei das Spezialgesetz, hier also das ArbKrankhG.

bb) Der I. Senat hat sich, wenngleich er das vorhandene Schrifttum fast vollständig erwähnt hat, mit den meisten dort vorgebrachten Argumenten für und wider die Weitergeltung des § 616 BGB nicht auseinandergesetzt. Die Urteilsbegründung ist auch zum Teil mit logischen Fehlern behaftet. Das gilt gerade in Bezug auf das Hauptargument für die Weitergeltung des § 616 BGB (nach Ansicht des Senats sogar, soweit er Platz greife, mit Vorrang vor dem ArbKrankhG). Wenn der Senat seine Ansicht damit begründet, daß die Zuschußzahlung des Arbeitgebers nach § 1 ArbKrankhG von der Krankengeldzahlung abhänge, der Anspruch auf Krankengeld aber nach § 189 Abs.I RVO ruhe, wenn und soweit der Versicherte während der Krankheit Arbeitsentgelt erhalte, so wird dabei gerade das als feststehend vorweggenommen, was nachgewiesen werden soll. Denn bevor man feststellt, wie die Wirkungsbereiche des § 616 BGB und des ArbKrankhG voneinander abzugrenzen sind, ist doch zunächst einmal durch Auslegung des ArbKrankhG zu ermitteln, ob § 616 BGB im Rahmen der vom ArbKrankhG geregelten Materie überhaupt noch gültig ist [2].

Der Senat hat sich anscheinend ganz auf die Haltbarkeit dieser ersten Begründung verlassen; denn die folgenden Argumente sind, wie sich aus der Gesamtdarstellung er-

---

1) LARENZ, Methodenlehre, S.174; ENN.-NIPPERDEY Bd.I, S.351.

2) Der gleiche Fehlschluß findet sich bei SCHMATZ-FISCHWASSER aaO. (3.Aufl.) S.116; SCHELLONG aaO. Anm.4 zu § 11; HOHNE, Betrieblicher Krankengeldzuschuß S.36; richtig insoweit MOLITOR in BB 1959, S.921 (923 l.o.).

gibt, nurmehr als Hilfsbegründungen gedacht. Sie geben denn auch in ihrer Kürze zur Stützung der Ansicht des I. Senats nicht viel her. Sofern im Urteil auf die Bezeichnung des ArbKrankhG als "Gesetz zur Verbesserung der wirtschaftlichen Sicherung der Arbeiter im Krankheitsfall" hingewiesen wird, ist dem entgegenzuhalten, daß das ArbKrankhG, auch wenn man eine Weitergeltung des § 616 BGB schlechthin verneint, eine nicht unwesentliche Verbesserung der Lage der Arbeiter im Krankheitsfall mit sich gebracht hat, wird ihnen doch jetzt in der Mehrzahl der Fälle auf längere Zeit als früher der Lebensunterhalt gesichert (zur Zeit der Entscheidung in Höhe von 90 % des Nettoarbeitsverdienstes, jetzt als 100 %iger Lohnausgleich). Die Besserstellung ist gerade in den Fällen längerer Krankheit eingetreten, die nach der Regelung des § 616 Abs.I BGB den Arbeiter besonders stark belasteten. Bei Krankheiten von nur kurzer Dauer oder innerhalb der vierwöchigen Wartefrist des § 1 Abs.II ArbKrankhG ist es allerdings denkbar, daß die a u s s c h l i e ß l i c h e Anwendung des ArbKrankhG zu einer wirtschaftlichen Schlechterstellung des Arbeiters führt. Keinesfalls läßt sich jedoch aus der Bezeichnung des Gesetzes der Schluß ziehen, daß in jedem nur denkbaren Einzelfall eine Besserstellung gewährleistet sein soll. - - Die Hinweise auf die §§ 7 und 11 ArbKrankhG führen, da sie nicht näher erläutert werden, hier ebenfalls nicht weiter [1].

Die Begründung des I. Senats ist nach alledem insoweit unbefriedigend. Obgleich der Senat selbst feststellt, daß es sich hier um eine Auslegungsfrage handle, ist er gar nicht bis zu einer wirklichen Auslegung des ArbKrankhG vorgedrungen. Dabei hätten sich anhand

---

1) S. aber unten S.151.

des seinerzeit bereits vorhanden gewesenen und vom Senat auch zitierten Schrifttums verschiedene Ansatzpunkte ergeben, um dessen Verhältnis zu § 616 BGB zu ermitteln.

cc) Im Schrifttum werden zur Frage des Verhältnisses zwischen § 616 BGB und dem ArbKrankhG drei Ansichten vertreten: Ganz überwiegend wird angenommen, daß das ArbKrankhG die weitere Anwendbarkeit des § 616 Abs.I BGB bei Arbeitern im Krankheitsfall ausschließe. Während jedoch einige Verfasser den § 616 Abs.I BGB insoweit für schlechthin unanwendbar erklären [1], wollen andere das ArbKrankhG nur g r u n d s ä t z l i c h als Ausschlußregelung betrachtet wissen. § 616 Abs.I BGB soll nach ihrer Ansicht weiterhin anwendbar sein, wenn das Arbeitsverhältnis des erkrankten Arbeiters noch nicht vier Wochen währt und er deshalb gemäß § 1 Abs.II ArbKrankhG noch keinen Anspruch auf einen Zuschuß zum Krankengeld hat [2]. Die dritte Ansicht, die der des I. Senats entspricht, wird lediglich von SCHMATZ-FISCHWASSER [3] und SCHELLONG [4] vertreten. Dort wird eine Weitergeltung des § 616 Abs.I BGB allgemein bejaht, sofern sie sich für den Arbeiter günstig auswirkt.

STAUDINGER-NIPPERDEY-MOHNEN-NEUMANN [5] legen mit ausführlicher (vom Senat nicht berücksichtigter) Begründung dar, warum § 616 Abs.I BGB nicht mehr neben dem

---

1) HESSEL in BB 1957, S.681; STAUDINGER-NIPPERDEY-MOHNEN-NEUMANN aaO. Anm.85 zu § 616.

2) HUECK-NIPPERDEY aaO. Bd.I, S.970; SCHELP-TRIESCHMANN aaO. S.155; wohl auch SCHELP in RdA 1957, S.245 ff. (250); DIEKHOFF in AuR 1957, S.297; SCHEDIWY in RdA 1958, S.51; HÖHNE, Betrieblicher Krankengeldzuschuß, unter J 2 (S.36); GROS, Arb.-R.-Blattei, Krankheit des Arbeitnehmers I, unter D I 6 a; HERSCHEL in NWB, Fach 26, S.363.

3) aaO. (3.Aufl.) S.116. In der 4.Aufl. (1961) S.160/61 halten die Verfasser an dieser Ansicht fest.

4) aaO. Anm.4 zu § 11.

5) aaO. Anm.85 zu § 616.

ArbKrankhG anzuwenden sei. Insbesondere wird darauf hingewiesen, daß das ArbKrankhG die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall auf eine völlig neue Grundlage gestellt habe. Die Tatsache, daß das ArbKrankhG dem Arbeiter einen "gespaltenen" Anspruch gebe, lasse erkennen, daß es die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall abschließend regeln wolle. Würde man § 616 Abs. I BGB weiterhin anwenden, so würde ein teils gegen die Krankenkasse, teils gegen den Arbeitgeber gerichteter und vor verschiedenen Gerichten (Sozial- und Arbeitsgericht) geltendzumachender Anspruch mit einem nur gegen den Arbeitgeber gerichteten Anspruch konkurrieren [1]. Die Kommentatoren verkennen zwar nicht, daß ein völliger Ausschluß des § 616 Abs.I BGB im Rahmen des ArbKrankhG dann zu einer Schlechterstellung des Arbeiters führt, wenn er innerhalb der ersten vier Wochen des Beschäftigungsverhältnisses erkrankt und gemäß § 1 Abs.II ArbKrankhG keinen Anspruch auf Zahlung eines Arbeitgeberzuschusses zum Krankengeld hat [2]. Dennoch müsse angenommen werden, daß das ArbKrankhG aufgrund seiner neuen Ordnung in j e d e m Fall krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit eines Arbeiters ausschließlich gelten und nicht mit einer seinem System widersprechenden älteren Regelung konkurrieren solle. - Das Ergebnis sei auch sozialpolitisch vertretbar, weil der Krankengeldsatz nach § 8 ArbKrankhG erhöht worden sei, so daß die wirtschaftliche Lage des Arbeiters auch

---

1) So auch HESSEL aaO., S.681 r.Sp., allerdings mit im wesentlichen praktischen Erwägungen.

2) Eine Schlechterstellung tritt auch dann ein, wenn die Krankheit nicht von langer Dauer ist und eine "verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit" i.S. des § 616 Abs.I BGB nicht übersteigt, es sich darüberhinaus nicht um eine Berufskrankheit oder die Folgen eines Betriebsunfalls handelt. Der Arbeiter bekommt dann für die beiden Karenztage nach dem Arb.-KrankhG überhaupt kein Geld, während er nach § 616 Abs.I BGB für die ganze Zeit der Krankheit volle Lohnfortzahlung beanspruchen könnte (s. auch oben S.114).

ohne Arbeitgeberzuschuß nicht so prekär sei, wie es auf den ersten Blick erscheinen könnte.

Eine ausführliche Auslegung, diesmal mit dem Ergebnis einer teilweisen Weitergeltung des § 616 Abs.I BGB, findet sich auch bei SCHEDIWY [1]. Dieser macht auf die geschichtliche Entwicklung des ArbKrankhG aufmerksam, insbesondere auf die Tatsache, daß in der zweiten Lesung des Gesetzentwurfs im sozialpolitischen Ausschuß des Bundestages erwogen worden war, dem § 616 BGB einen dritten Absatz mit folgendem Wortlaut anzufügen:

> "Wird ein Arbeiter durch Erkrankung an der Dienstleistung verhindert, so bestimmt sich sein Anspruch gegen den Dienstberechtigten nach dem Gesetz zur Verbesserung der sozialen Sicherung der Arbeiter im Krankheitsfall vom ..... (BGBl. .....); Absatz I ist insoweit nicht anzuwenden".

Daraus, daß der Antrag abgelehnt worden und ein Grund dafür nicht eindeutig feststellbar sei [2], zieht Schediwy den Schluß, daß das Verhältnis des ArbKrankhG zu § 616 BGB anhand der Entstehungsgeschichte, der Zweckforderung und der Angemessenheit der verschiedenen Ergebnisse zu ermitteln sei. - Der Zweck des ArbKrankhG ist nach SCHEDIWYs Ansicht nur die Besserstellung d e r Arbeiter, die bereits vier Wochen bei demselben Arbeitgeber beschäftigt sind. Hinsichtlich der Arbeiter, deren Arbeitsverhältnis erst kürzere Zeit währe, enthalte das ArbKrankhG keine Regelung. Diese Arbeiter seien bewußt aus der Neuregelung aus-

---

1) RdA 1958, S.51 ff., insbes. S.52/53; vgl. die Kritik unten S.148 ff.

2) Prot. Nr.159 (2.Wahlperiode) des sozialpolitischen Ausschusses des Bundestages, zit. bei SCHMATZ-FISCHWASSER aaO. Einf. S.47/48; vgl. auch Anm.II zu § 6 (S.117). Der parlamentarische Entwicklungsgang des Gesetzes wird im einzelnen von SCHELP in RdA 1957, S.245 und von TRIESCHMANN in Betrieb 1957, S.534 dargestellt.

geklammert worden. Eine Kollision des ArbKrankhG mit § 616 BGB trete insoweit also gar nicht ein [1]. - Da der Wegfall der Lohnfortzahlung nach § 616 Abs.I BGB bei ihnen nicht durch die Erhöhung des Krankengeldes ausgeglichen würde, wäre statt einer Besserstellung eine Schlechterstellung die Folge. § 616 Abs.I BGB gelte also in diesen Fällen weiter. Rechtsdogmatische Bedenken und Praktikabilitätserwägungen müßten demgegenüber zurücktreten. - Dagegen sei bei Arbeitern mit vierwöchiger und längerer Dauer des Arbeitsverhältnisses bei demselben Arbeitgeber ein völliger Ausschluß des § 616 Abs.I BGB anzunehmen, also auch eine Lohnfortzahlung während der beiden Karenztage nicht möglich.

Es lag dem I. Senat nach alledem, wie bereits diese beiden wiedergegebenen und sich zum Teil widersprechenden Stellungnahmen aus der Literatur zeigen, genügend Material vor, das er bei seiner Entscheidung hätte berücksichtigen können. Leider hat der Senat die Argumente der verschiedenen Autoren nicht näher gewürdigt und hat sich, ebenfalls ohne Begründung, dem Standpunkt SCHMATZ-FISCHWASSERs und SCHELLONGs angeschlossen. Nun ist zwar kein Gericht gehalten, die Auseinandersetzung mit den im Schrifttum vertretenen Ansichten zu einer Rechtsfrage in die Entscheidungsgründe aufzunehmen; da jedoch die Urteile des BAG nicht nur für die Parteien des jeweiligen Rechtsstreites bestimmt sind und die weitere Rechtsprechung maßgeblich beeinflussen, ist es angebracht, daß in Erstentscheidungen zu den wesentlichen Punkten - wie dies auch meist geschieht - unter eingehender Auseinandersetzung mit dem Schrifttum Stellung genommen wird.

---

1) Mit der gleichen Begründung DIEKHOFF in AuR 1957, S.297 ff.; vgl. auch OEHMANN in Betrieb 1959, S.860.

c) Zum Verhältnis des ArbKrankhG zu älteren Tarifverträgen. - Die Ausgestaltung des Günstigkeitsprinzips.

Soweit sich das Urteil des I. Senats in seinem zweiten Teil mit dem Verhältnis des ArbKrankhG zu älteren Tarifverträgen befaßt, folgt es im wesentlichen der damals herrschenden Meinung zu dieser speziellen Frage. Dem § 11 Abs.II ArbKrankhG, wonach alle "entgegenstehenden" Vorschriften außer Kraft getreten sind, wurde allerdings in diesem Rahmen keinerlei Bedeutung beigemessen; der Senat ging vielmehr ohne weiteres davon aus, daß auch vor dem Inkrafttreten des ArbKrankhG abgeschlossene Tarifverträge weitergelten, vorausgesetzt, daß sie für den Arbeiter im Verhältnis zur Regelung des Gesetzes günstiger sind. Diese Annahme lag allerdings auch nahe, da § 6 ArbKrankhG eine Abdingung zugunsten des Arbeiters ermöglicht und eine tarifvertragliche Regelung unzweifelhaft ein Fall der Parteivereinbarung ist. Es wird noch zu zeigen sein, daß auch hierin ein Auslegungsproblem liegt.

Zunächst jedoch sei der Blick auf die Stellungnahme des I. Senats zum Günstigkeitsvergleich ArbKrankhG - Tarifvertrag gelenkt. Danach ist für die Günstigkeit maßgebend, wie der Arbeiter im Einzelfall und im Gesamtergebnis nach jeder der beiden Regelungen stehen würde.

aa) Allgemein wird der Standpunkt vertreten, daß bei einem Günstigkeitsvergleich zwischen zwei verschiedenrangigen Kollektivregelungen (hier: Gesetz - Tarifvertrag) die Grundsätze heranzuziehen seien, die zu der Frage entwickelt worden sind, ob eine e i n z e l vertragliche Vereinbarung zugunsten des Arbeitnehmers von einer

t a r i f vertraglichen Regelung abweicht [1]. Dabei werden immer wieder fünf Gesichtspunkte als maßgebend herausgestellt [2]:

1) Zu vergleichen sind allein die beiden Regelungen. Außerhalb liegende Gesichtspunkte müssen aus der Betrachtung ausscheiden [3].

2) Ob eine Begünstigung vorliegt, ist nach dem Wohl des betreffenden Arbeitnehmers in dem zur Beurteilung stehenden Zeitpunkt zu entscheiden [4] und

3) nach objektivem Maßstab zu beurteilen. Unbeachtlich sind die Anschauungen eines bestimmten Berufsstandes, von größter Bedeutung dagegen der Geist und die Grundlagen der Arbeitsrechtsordnung.

---

1) WIGGERT in AuR 1958, S.50; HUECK-NIPPERDEY aaO. Bd.I, S.397, Fußn. 19; MAUS, Handb. d. Arbeitsrechts Bd. 3 (VII B) Tarifvertragsrecht Anm.511 - 514 (S.187); HUECK-NIPPERDEY-TOPHOVEN, TVG, Anm.89 zu § 4; DERSCH, Die Urlaubsgesetze (1954) Anm.114; RIEDEL in BB 1957, S.666; SCHEDIWY in RdA 1958, S.51 ff; FREY in BB 1957, S.753 r.Sp. - - Nach der Ansicht SEIBERTZ, die allerdings mit Recht keine Zustimmung gefunden hat, findet das Günstigkeitsprinzip beim Zusammentreffen einer gesetzlichen und einer tarifvertraglichen Regelung überhaupt keine Anwendung. Der Arbeitnehmer soll in solchen Fällen Anspruch auf Erfüllung nach beiden Bestimmungen als Mindestleistungen haben (BB 1950, S.652).

2) HUECK-NIPPERDEY-TOPHOVEN aaO. Anm.87 ff. zu § 4; HUECK-NIPPERDEY aaO. Bd.II, S.430 ff.; HUECK-NIPPERDEY-DIETZ, AOG, Anm.196 zu § 32; GROS in Arb.-R.-Blattei unter Urlaub IV, Rechtsgrundlagen C II, 4; RIEDEL aaO. S.667.

3) RAG in ARS Bd.2, S.1 ff. (4); Bd.3, S.156 (158).

4) RAG in ARS Bd.6, S.75 ff. (78) m. zust. Anm. von NIPPERDEY; Bd.31, S.44, 221; Bd.35, S.11; Bd.44, S.282; LAG Bremen in Betrieb 1956, S.1088 = BB 1956, S.1067; Betrieb 1961, S.508; LAG Kiel in BB 1958, S.449 = Betrieb 1958, S.459; LAG Frankfurt in AP Nr.5 zu § 1 ArbKrankhG; BAG v. 25.11.1958 - 2 AZR 259/58 - BAGE Bd.7, S.76 (81); DIEKHOFF in AuR 1957, S.299; FREY in BB 1957, S.753; WIGGERT in AuR 1958, S.50 (speziell für das Urlaubsrecht; GOLDSCHMIDT, TVG, Anm.7 b zu § 4, der zusätzlich die Belange der Gesamtheit der Arbeitnehmer berücksichtigen will.

4) Die Entscheidung, ob eine Begünstigung des einzelnen Arbeitnehmers vorliegt, ist nicht mit Hilfe eines Vergleichs zweier isoliert betrachteter Bestimmungen der beiden Regelungen zu treffen. Das würde die Gesamtordnung der jeweiligen Regelung in unsachgemäßer Weise zerreißen und dazu führen, daß der Arbeitnehmer die jeweils günstigste Einzelbestimmung für sich in Anspruch nimmt ("Rosinentheorie"). Andererseits läßt sich aber auch ein Gesamtvergleich der beiden Regelungen nicht durchführen [1]. Die Gegenüberstellung muß sich vielmehr auf die Vorschriften beschränken, die in offensichtlichem inneren Zusammenhang stehen [2]. Man kann dabei von einer "Gruppenabwägung" [3] sprechen.

5) Bestehen Zweifel, ob eine Änderung der Arbeitsbedingungen den Arbeitnehmer begünstigt, so ist sie unzulässig [4].

Als Auslegungsproblem ist hier in erster Linie Nr.2 dieser Kriterien von Bedeutung. Insoweit ist eine grundsätzliche Kritik an der h.M. und damit auch an der Entscheidung des I.Senats erforderlich, während es sich bei den übrigen Punkten um allgemein anerkannte und bewährte Auslegungsmaßstäbe handelt.

---

1) So allerdings LAG München in AP 1950, Nr.275 m. krit. Anm. von NIKISCH, und in AP 1951, Nr.258. Ebenso ein Teil des älteren Schrifttums, vgl. SEIBERTZ in BB 1950, S.652 l.Sp.

2) MONJAU in Betrieb 1953, S.253 (254 r.Sp.); vgl. auch DERSCH, Die Urlaubsgesetze Anm.116/117; RAG in ARS Bd.35, S.11; Bd.37, S.433.
Nach 1945 zum Günstigkeitsvergleich zwischen Urlaubsgesetzen und tarifvertraglichen Urlaubsregelungen: LAG Kiel in SAE 1952, Nr.17 und RdA 1953, S.160; ArbG Göttingen in BB 1955, S.255; LAG Bremen in Betrieb 1956, S.1088 = BB 1956, S.1067; Betrieb 1961, S.508.

3) DERSCH, Anm. zu RAG in ARS Bd.38, S.404.

4) ArbG Bremen in AP 1950, Nr.293; LAG Hamm in AP 1953, Nr.99 mit zust. Anm. von TOPHOVEN.

bb) Bei der Begründung, warum auch beim Günstigkeitsvergleich zwischen zwei Kollektivregelungen die Stellung des einzelnen Arbeitnehmers beachtlich sei, findet sich immer wieder eine eigenartige Wortinterpretation. So wird im Urlaubsrecht häufig auf den Wortlaut einiger der inzwischen durch das Bundesurlaubsgesetz abgelösten Urlaubsgesetze hingewiesen, nach denen vom Gesetz abweichende (tarifliche, betriebliche oder einzelvertragliche) Vereinbarungen dann zulässig sind, wenn sie zugunsten d e s Arbeitnehmers erfolgen [1]. Die gleiche Begründung findet sich bei der Auslegung des § 4 Abs.III TVG, wo ebenfalls von abweichenden Abmachungen zugunsten d e s Arbeitnehmers die Rede ist. Daraus sei zu schließen, daß die wirtschaftliche Stellung des e i n z e l n e n Arbeitnehmers für den Günstigkeitsvergleich maßgebend sei [2]. Zuletzt wurde versucht, diese Argumentation auch auf das ArbKrankhG zu übertragen [3]. § 6 ArbKrankhG lautet:

> "Die Vorschriften dieses Abschnitts können nicht zu Ungunsten des Arbeiters oder der in § 5 genannten Personen (Heimarbeiter und Hausgewerbetreibende, d.Verf.) abgedungen werden".

Hier ist die Unhaltbarkeit einer solchen grammatischen Interpretation allerdings auf den ersten Blick erkennbar, gebraucht § 6 ArbKrankhG doch in demselben Zusammenhang sowohl den Singular als auch den Plural. Man

---

1) RIEDEL aaO. S.667; BAGE Bd.6, S.297 (299) = AP Nr.1 zu Art.7 BayUrlG; BAGE Bd.7, S.76 (79) = AP Nr.1 zu § 10 HambUrlG; LAG Hamm in Betrieb 1960, S.328; vgl. auch DERSCH, Urlaubsgesetze Anm.114. § 13 Abs.I des neuen BUrlG spricht ebenfalls von einer Abdingbarkeit zugunsten d e s Arbeitnehmers.

2) HUECK-NIPPERDEY aaO. Bd.II, S.431. MAUS, Handb. d. Arbeitsrechts VIII C Anm.89 zu § 4 TVG folgert aus der Gesetzesfassung, daß überhaupt nur einzelvertragliche Abweichungen vom Tarifvertrag zulässig seien. - Der Gebrauch des Singulars in § 4 Abs.III TVG stellt allerdings in der Tat eine Ausnahme dar, da das Gesetz im übrigen von "den" Arbeitnehmern bzw. Arbeitgebern spricht.

3) SCHEDIWY in RdA 1958, S.53; DIEKHOFF in AuR 1957, S.299; im Ergebnis ebenso SCHELP-TRIESCHMANN aaO. S.158.

müßte deshalb bei konsequenter wörtlicher Auslegung im Fall der gewöhnlichen Arbeiter einen individualistischen Günstigkeitsvergleich anstellen, im Falle der Heimarbeiter und Hausgewerbetreibenden dagegen auf die Günstigkeit für a l l e von der jeweiligen abweichenden Regelung Betroffenen abstellen. Eine solche Auslegung wäre jedoch ohne jeden vernünftigen Sinn. Zudem ist die grammatische Auslegung zwar eine notwendige erste Auslegungsstation, bleibt aber bei isolierter Anwendung stets oberflächlich.

cc) Abgesehen von der recht formalistischen Wortinterpretation des § 6 ArbKrankhG (und auch der übrigen erwähnten Gesetzesbestimmungen) [1] ergibt sich die Unhaltbarkeit der h.M. daraus, daß der Charakter eines Tarifvertrages als normative Regelung eine am Einzelfall orientierte Auslegung verbietet [2]. Es ist allgemein anerkannt, daß ein Gesetz als Generalregelung nicht den Bedürfnissen jedes Einzelfalles entsprechend ausgelegt werden kann. Verfehlt wäre es, eine Norm lediglich als Werkzeug für eine auf den ersten Blick billig und gerecht erscheinende Einzelentscheidung zu verwenden und sie heute so, morgen entgegengesetzt auszulegen. Eine Norm hat nur einen e i n h e i t l i c h e n Sinn, der bei einer fallbezogenen Auslegung zerstört werden würde, ganz zu schweigen von den nach-

---

1) Das Gesetz weist mit dem Gebrauch des Singulars auf den Typus Arbeitnehmer hin. Es handelt sich dabei um eine Ausdrucksweise, die auch im allgemeinen Sprachgebrauch üblich ist, vgl. WLOTZKE, Günstigkeitsprinzip S.120.

2) Dieser Standpunkt wird heute nur von NIKISCH (Lehrbuch Bd.I, S.524); HIERSEMANN in RdA 1958, S.211 und hinsichtlich des Verhältnisses Tarifvertrag - Betriebsvereinbarung von WLOTZKE (aaO. S.174) vertreten, hat aber in der Praxis bislang nur wenig Beachtung gefunden. Ein abstrakter, generalisierender Vergleich wird z.B. in zwei unveröffentlichten Entscheidungen des ArbG Bremen angestellt (Urt. vom 8.2.1955 - III Ca 3701/55; vom 9.5.1955 - IV Ca 4207/55). - Unklar MONJAU-HEIMEIER, TVG, Anm.7 zu § 4 (S.50).

teiligen Folgen für die Rechtssicherheit [1].

Die Grundsätze der Gesetzesauslegung sind auch bei der Auslegung von Tarifverträgen anzuwenden [2]. Der normative Teil eines Tarifvertrages enthält echte Rechtsnormen (§ 1 TVG) und gehört materiell zur Gesetzgebung i.S. des Art.1 Abs.III GG (autonomes Satzungsrecht). Wenn einige Autoren [3] bei der Auslegung vom Tarifvertrag als V e r t r a g ausgehen, jedoch die für Verträge geltenden Auslegungsgrundsätze einschränken, um dem normativen Charakter der Tarifvertragsbestimmungen gerecht zu werden, so besteht im Ergebnis insoweit kein Unterschied zur Gesetzesauslegung. Da ein Tarifvertrag die Arbeitsverhältnisse eines großen und anonymen Personenkreises einheitlich regeln will, ist in jedem Fall auch eine einheitliche Auslegung erforderlich. Anderenfalls könnte z.B. der Fall eintreten, daß ein Tarifvertrag im Falle der Krankheit des Arbeiters A einmal in Ansehung der Lohnfortzahlungsregelung ungültig ist (und das ArbKrankhG gilt), im Falle einer späteren Krankheit desselben Arbeiters aber aus irgendwelchen Gründen günstiger und deshalb wirksam ist. Eine solche unterschiedliche Bewertung paßt nicht für eine Kollektivregelung und macht

---

1) S. oben S.3, Fußn. 4.

2) NIKISCH, Lehrbuch Bd.II, S.219; HUECK-NIPPERDEY aaO. Bd.II, S.268; BOGS in Arb.-R.-Blattei unter Tarifvertrag IX, Auslegung B; LAG Kiel in AP 1951, Nr.57 m. zust. Anm. von BOGS; LAG Hamm in BB 1954, S.379; LAG Stuttgart in Betrieb 1954, S.436; LAG Frankfurt in Betrieb 1957, S.240. Vgl. auch BAGE Bd.3, S.159 = AP Nr.2 zu § 1 TVG (Auslegung) m. zust. Anm. von TOPHOVEN; AP Nr.96 zu § 1 TVG (Auslegung); BAG in Arb.-R.-Blattei unter Gleichbehandlung im Arbeitsrecht, Entsch. 15.

3) So anscheinend HUECK in JW 1930, S.456; ders. in HUECK-NIPPERDEY-TOPHOVEN aaO. Anm.120 zu § 1; BAG AP Nr.10 zu § 1 TVG (Auslegung), sowie das ältere Schrifttum. S. dazu die Angaben bei HUECK-NIPPERDEY aaO. Bd.II, S.268 (Fußn.34). - Vgl. auch LAG Bremen in AP 1953, Nr.37 m. zust. Anm. von NEUMANN-DUESBERG.

den Zweck des Tarifvertrages, die von ihm betroffenen Arbeitsverhältnisse einheitlich und gleich zu regeln, zunichte. - Es ist also beim Günstigkeitsvergleich nicht auf das Interesse des einzelnen Arbeitnehmers, sondern auf die Lage der Gesamtheit der betroffenen Arbeitnehmer abzustellen. Damit wird freilich zugleich eine Änderung der systematischen Stellung des Günstigkeitsprinzips erforderlich. Es hat seine Wurzeln im Tarifvertragsrecht und diente ursprünglich in erster Linie der Abgrenzung des Verhältnisses einzelvertraglicher Vereinbarungen zu tarifvertraglichen Regelungen. Dem Günstigkeitsprinzip wird deshalb auch heute noch ein individual-rechtlicher Charakter beigemessen. Es bezwecke, gegenüber den schematisierenden Kollektivregelungen den individuellen Leistungsgedanken zu verwirklichen [1]. An dieser systematischen Einordnung ist, sofern das Verhältnis Kollektivregelung - Einzelvertrag in Rede steht, festzuhalten; sie läßt sich jedoch im Falle der Kollision zweier verschiedenrangiger K o l l e k t i v r e g e l u n g e n nicht aufrechterhalten. NIPPERDEY [2] hat bereits 1937 in einer grundlegenden methodischen Untersuchung zum Günstigkeitsprinzip erkannt, daß der individuelle Leistungsgedanke beim Günstigkeitsvergleich zwischen zwei Kollektivregelungen völlig zurücktritt, hat jedoch die notwendigen Konsequenzen für die praktische D u r c h f ü h r u n g des Günstigkeitsvergleichs nicht gezogen. - Es muß neben der individualen auch eine kollektive Günstigkeit geben, sofern man die Anwendung des Günstigkeitsprinzips im Verhältnis zweier Kollektivregelungen zuein-

---

1) WLOTZKE aaO. Einleitung S.12 und S.77; vgl. auch NIKISCH, Lehrbuch Bd.II, S.421; MAUS aaO. Bd.3 (VII B) Tarifvertragsrecht Anm.523/524 (S.190/191).

2) Mindestbedingungen und günstigere Arbeitsbedingungen nach dem Arbeitsordnungsgesetz, in Festschr. f. H. Lehmann S.257 ff.; vgl. auch die komprimierte Darstellung im Lehrbuch Bd.II, S.416 ff.
S. auch die Ausführungen unten S. 171 ff.

ander nicht überhaupt abgelehnt. Das läßt sich aber wiederum mit dem sozialen Schutzprinzip, der eigentlichen Grundlage des Günstigkeitsprinzips [1], nicht vereinbaren.

Die Anwendung der generalisierenden Vergleichsmethode würde voraussichtlich zur Folge haben, daß die Lohnfortzahlungsregelungen einer größeren Anzahl von Tarifverträgen unwirksam wären und statt ihrer wieder das ArbKrankhG zum Tragen käme. Angesichts einer solchen Wirkung drängt sich die Frage auf, ob dies noch mit dem Zweck des Günstigkeitsprinzips - hier in Gestalt des § 6 ArbKrankhG - vereinbar ist. Darauf läßt sich entgegnen, daß der erklärte Zweck des § 6 ArbKrankhG, dem Arbeiter den Weg zu günstigeren Lohnfortzahlungsbedingungen freizuhalten, nur soweit reicht, wie er mit Hilfe der Auslegungsmethodik durchsetzbar ist. Durchsetzbar ist das Günstigkeitsprinzip im Verhältnis Gesetz - Tarifvertrag aber nur, soweit es die generalisierende Vergleichsmethode gestattet; denn - und hier schließt sich der Kreis - ein Tarifvertrag läßt sich, wie jede andere Norm, nicht auf den Einzelfall bezogen auslegen. Aus der bisher h.M. müßte man den allgemeinen Satz ableiten, daß die Regeln der Gesetzesauslegung für Tarifverträge nicht gelten. Das ist jedoch mit der anerkannten Auslegungslehre nicht vereinbar und m e t h o d i s c h nicht zu begründen.

Über die Auslegungsmethode läßt sich durchaus eine Korrektur im überkommenen Rechtssystem vornehmen. Die Auslegungslehre ist dem positiven Recht vorgelagert und von ihm unabhängig [2], hat dagegen ihrerseits in langer Tradition einen maßgebenden Anteil am Werden

---

1) NIKISCH, Lehrbuch Bd.II, S.418; WLOTZKE aaO., Einleitung S.11.

2) STERN in NJW 1958, S.696 1.Sp.

eines systematischen Rechts und gestaltet es fortlaufend weiter. Kurz gesagt: Die Auslegungslehre gestaltet das System.

Ist die vom I. Senat zum Günstigkeitsvergleich Gesetz - Tarifvertrag vertretene Auslegungsmethode nach alledem grundsätzlich abzulehnen, so ist dem Senat doch beizupflichten, soweit er das Ergebnis des Günstigkeitsvergleichs aus einer Gegenüberstellung der sachlich zusammengehörigen Normen der beiden Regelungen entnimmt. Ein Gesamtvergleich Gesetz - Tarifvertrag scheidet aus, weil sich dann die Interpretation ins Uferlose ausweiten müßte. Ebenso scheidet ein Vergleich zweier isoliert betrachteter Einzelbestimmungen aus (sog. "Rosinentheorie"). Die Gründe dagegen liegen klar auf der Hand: Zerreißung des Sachzusammenhanges, Widerspruch sowohl zum Willen des Gesetzgebers als auch der Tarifvertragspartner [1]. Der Sachzusammenhang bleibt dagegen gewahrt, wenn man den Günstigkeitsvergleich anhand der systematisch zusammengehörigen Bestimmungen der sich gegenüberstehenden Regelungen anstellt. Das ist nicht zuletzt auch deshalb sinnvoll, weil im Falle einer ungünstigeren tarifvertraglichen Regelung nicht notwendigerweise der g a n z e Tarifvertrag ungültig ist, sondern nur dessen als im Verhältnis zum Gesetz als ungünstiger erkannte T e i l e wegfallen. Ebenso wie bei staatlichen Gesetzen begegnet es auch bei Tarifverträgen keinen Bedenken, eine Gruppe von Normen oder auch nur eine Einzelnorm außer Kraft zu setzen. Die genaue Abgrenzung der zu vergleichenden Normen schafft also schon vorweg Klarheit darüber, inwieweit der Tarifvertrag möglicherweise durch das Gesetz ausgeschaltet wird.

---

1) S. auch oben S. 12o/121.

Wenn der I. Senat die Entscheidung, ob eine Begünstigung vorliegt, für den zur Entscheidung stehenden Zeitpunkt trifft, stellt sich das als Folge der individualisierenden Betrachtungsweise dar und ist deshalb abzulehnen. Richtig ist es vielmehr, die Günstigkeit nach der Stellung a l l e r betroffenen Arbeitnehmer in allen möglichen Fällen abstrakt zu bestimmen. Die Entscheidung des I. Senats ist aber bereits insofern ein Fortschritt, als dort die Günstigkeit letzten Endes danach beurteilt wird, wie der Arbeiter im Gesamtergebnis nach beiden Regelungen steht [1]. Demgegenüber war in der früheren Rechtsprechung - wenn möglich - eine Aufteilung in verschiedene Zeitabschnitte vorgenommen und für jeden einzelnen Zeitpunkt beurteilt worden, welche der beiden Regelungen den Arbeitnehmer günstiger stellte [2].

Einen weiteren Fortschritt brachte ein Urteil des 5. Senats des BAG vom 20.7.1961 [3]. Der Senat hatte in jener Entscheidung einen Günstigkeitsvergleich zwischen dem Hamb. Urlaubsgesetz und den Urlaubsbestimmungen in einem Manteltarifvertrag anzustellen. In Abweichung von der bis dahin herrschenden Rechtsprechung erachtete er dabei nicht das Wohl des einzelnen Arbeitnehmers (Klägers) für maßgebend, sondern stellte darauf ab, welche Regelung sich für den dem Kläger entsprechenden Arbeitnehmer t y p günstiger

---

1) Wie der I. Senat bereits der II. Senat in einem Urteil vom 25.11.1958 - 2 AZR 259/58 - BAGE Bd.7, S.76 ff. Der Senat hat dort ausgesprochen, daß die Frage nach der günstigeren Urlaubsregelung nicht gleitend durch das einheitliche Urlaubsjahr hindurch verschieden je nach dem Zeitpunkt des Ausscheidens des Arbeitnehmers beurteilt werden könne, daß vielmehr festzustellen sei, welche Regelung sich zu Beginn des Urlaubsjahres als die günstigere darstelle, wobei auch der Fall eines vorzeitigen Ausscheidens in die Betrachtung einzubeziehen sei (aaO. S.81).

2) RAG in ARS Bd.31, S.44 (46), S.221 (223); Bd.44, S.282.

3) 5 AZR 343/60 = BB 1961, S.1163 ff.

auswirkte. Der Günstigkeitsvergleich wurde in jener Entscheidung also auf eine G r u p p e von Arbeitnehmern bezogen. Aber auch diese Vergleichsmethode, so begrüßenswert sie auch als Durchbrechung der bisher herrschenden Rechtsprechung ist, begegnet methodischen Bedenken. Es mag zwar des öfteren vorkommen, daß bei der Auswahl der zu vergleichenden Vorschriften beider Regelungen (Gruppenabwägung !) implicite eine Beschränkung des Günstigkeitsvergleichs auf eine bestimmte Arbeitnehmergruppe eintritt. Wollte man aber von vornherein eine solche Unterteilung der Arbeitnehmerschaft vornehmen, so wäre eine Gruppenabwägung, die allein eine normgerechte Auslegung garantiert, nicht mehr möglich. Die isolierte Betrachtung einzelner Vorschriften ("Rosinentheorie") wäre die Folge.

Um ein Beispiel anzuführen: Ein Arbeiter erkrankt nach drei Wochen Betriebszugehörigkeit, hat also nach § 1 Abs.II ArbKrankhG zunächst noch keinen Anspruch auf Zuschuß zum Krankengeld. Nach dem für ihn geltenden Tarifvertrag wird jedoch schon nach zweiwöchiger Dauer des Arbeitsverhältnisses ein Zuschuß zum Krankengeld gewährt. Die entsprechend der vom 5. Senat neuerdings angewandten Vergleichsmethode zu bildende Arbeitergruppe müßte sich in diesem Beispielsfall sinnvollerweise auf die Arbeiter beschränken, die bereits zwei, aber noch nicht vier Wochen dem Betrieb angehören. Die zu vergleichenden Normen wären demnach einmal § 1 Abs.II ArbKrankhG und mit großer Wahrscheinlichkeit auch eine E i n z e l vorschrift des betreffenden Tarifvertrages, wobei der Günstigkeitsvergleich eindeutig zugunsten des Tarifvertrages ausginge. Auf diese Weise wäre zwar eine allgemeingültige Auslegung gesichert, allerdings auf Kosten einer normgerechten Lösung, die sich nur durch eine Gruppenabwägung er-

zielen läßt. Es erscheint überhaupt höchst zweifelhaft, ob man ein Spezialgesetz wie das ArbKrankhG bei einem Günstigkeitsvergleich in einzelne Teile zerlegen kann. Die Gruppenabwägung wird sich wohl nur in der Weise durchführen lassen, daß man das gesamte ArbKrankhG mit der Lohnfortzahlungsregelung des jeweiligen Tarifvertrages vergleicht.

dd) Die Kritik an der Entscheidung des I. Senats und der h.L. und Rechtsprechung wäre unvollständig ohne eine abschließende Prüfung der hier vertretenen Ansicht auf ihre Durchführbarkeit. Da es zu den Zielen des Rechts gehört, das soziale Zusammenleben der Menschen nach vernünftigen, auch praktisch durchführbaren Grundsätzen zu ordnen, kommt der Praktikabilität einer Rechtsansicht erhebliche Bedeutung zu [1]. Sie ist einer der Leitgedanken der Rechtsanwendung und wacht so gleichsam als Kontrollinstanz über die Methode der Gesetzesauslegung. Erst im Anschluß an die Auslegung ist deshalb zu prüfen, ob das gefundene Ergebnis auch praktisch durchführbar ist. Ist das nicht der Fall, so spricht vieles dafür, daß "etwas nicht stimmt". Entweder war die Gesetzesauslegung fehlerhaft - der Fehler müßte dann im Rahmen des möglichen Wortsinnes des Gesetzes korrigiert werden - oder aber der Gesetzgeber selbst hat übersehen, daß es seinem Werk an der praktischen Durchführbarkeit mangelt. Dann kann die fehlende Durchführbarkeit allerdings ein Grund zur Gesetzesberichtigung sein [2].

Im Falle des Günstigkeitsvergleichs Gesetz - Tarifvertrag wird in der Tat die Ansicht vertreten, es begegne unüberwindlichen praktischen Schwierigkeiten, auf

---

1) Vgl. BENDER in JZ 1957, S.593.
2) Vgl. auch oben S. 23 ff.

die Stellung aller betroffenen Arbeitnehmer im Gesamtergebnis abzustellen [1]. Richtig ist, daß die Entscheidung über die Günstigkeit nach der hier vertretenen Methode mitunter nicht einfach sein wird, insbesondere dann nicht, wenn etwa ein Tarifvertrag ebenso wie das ArbKrankhG eine sehr ins einzelne gehende Regelung der Lohnfortzahlung enthält. Wenn beispielsweise ein Tarifvertrag die Zuschußzahlung des Arbeitgebers zum Krankengeld von einer fünfwöchigen Dauer des Arbeitsverhältnisses abhängig macht, auf der anderen Seite aber schon während der Karenztage Leistungen vorsieht, so ist die Schwierigkeit, hier eine Entscheidung über die Günstigkeit gegenüber dem ArbKrankhG zu treffen, nicht zu verkennen [2]. - Lassen sich beim Günstigkeitsvergleich Zweifel nicht ausräumen, so ist die tarifvertragliche Regelung als unwirksam zu betrachten, weil dem Gesetz als höherrangiger Norm im Zweifel der Vorzug gebührt. Treten also wirklich einmal "unüberwindliche Schwierigkeiten" beim Günstigkeitsvergleich auf, so bleibt immer noch das Gesetz als Auffangregelung. Die angeblichen Praktikabilitätsprobleme bestehen danach nur scheinbar.

Abgesehen von Grenzfällen, deren Entscheidung stets und überall Schwierigkeiten begegnet, bringt nach alledem die hier vertretene Vergleichsmethode keine unüberwindlichen praktischen Probleme mit sich, dies umso weniger, wenn sie einmal allgemein angewandt würde und sich die Sozialpartner in Kenntnis der gerichtlichen Praxis und zur Vermeidung von Streitigkeiten bemühen würden, für ungültig erklärte Tarifverträge entsprechend zu ändern und neue Tarifverträge so abzufassen, daß der Günstigkeitsvergleich einfach ist. Auf

---

1) Vgl. BAGE Bd.7, S.76 ff. (79) mit der in Anm.1 auf S.128 angedeuteten Einschränkung.

2) Vgl. dazu die Beispiele bei HABNER in BB 1960, S.944.

lange Sicht wäre so die streitschlichtende Wirkung eines Urteils wesentlich größer als gegenwärtig, da nach einer generellen Günstigkeitsentscheidung manche Klage unterbleiben würde. Bei der herrschenden Vergleichsmethode, die nur den Einzelfall erfassen kann, ist dagegen die Versuchung für beide Arbeitsvertragspartner wesentlich größer, es auf einen Prozeß ankommen zu lassen. - Auch der soziale Friede unter den Sozialpartnern dürfte durch den Ausspruch einer a l l g e m e i n e n teilweisen Ungültigkeit eines Tarifvertrages zumindest nicht m e h r gefährdet werden, als wenn die Günstigkeitsfrage im Einzelfall heute so, morgen entgegengesetzt entschieden und die mit dem Tarifvertrag bezweckte klare Rechtslage möglicherweise über Jahre hinaus gefährdet wird. Während einer Übergangszeit müßte die generalisierende Vergleichsmethode allerdings dazu führen, daß eine größere Anzahl von Tarifverträgen, die nach der herrschenden Vergleichsmethode - jedenfalls in einzelnen Teilen - in dem einen Fall gültig, im anderen Fall ungültig sind, allgemein der Unwirksamkeit verfallen und der gesetzlichen Regelung Platz machen. Es bleibt dabei noch festzustellen, daß selbstverständlich auch bei der generalisierenden Vergleichsmethode die materielle Rechtskraft eines Urteils nur inter partes wirkt, ein Gericht also theoretisch nicht gehindert ist, eine andere Günstigkeitsentscheidung als irgendein Gericht in einem früheren Rechtsstreit zu treffen. Liegt aber erst einmal eine Grundsatzentscheidung eines Obergerichts vor - eine solche werden die Parteien im ersten Rechtsstreit um die Gültigkeit einer tariflichen Regelung wohl herbeiführen - so dürften sich erfahrungsgemäß die Untergerichte in der Regel daran halten. Innerhalb des BAG sorgt die Vorschrift des § 45 ArbGG für eine einheitliche Rechtsprechung.

Es besteht nach alledem kein Grund, an der individualisierenden Vergleichsmethode festzuhalten. Eine arbeitsrechtliche Kollektivregelung hat neben ihrer Schutzfunktion auch eine Ordnungsfunktion [1], die, wie gezeigt wurde, bei der derzeit herrschenden Vergleichsmethode nicht gewährleistet ist. Die erforderliche gleichmäßige Behandlung der von einer tarifvertraglichen Regelung betroffenen Arbeitsverhältnisse ist nur möglich, wenn entweder in allen Fällen der Tarifvertrag oder aber das dahinterstehende Gesetz gilt. Ein solcher Kollektivvergleich ist auch praktisch durchführbar.

ee) Beim Günstigkeitsvergleich Tarifvertrag - Einzelarbeitsvertrag oder Gesetz - Einzelarbeitsvertrag ist die Problemstellung anders. Dort ist eine Kollektivregelung mit einer Vereinbarung zu vergleichen, die überhaupt nur für ein einziges Arbeitsverhältnis gilt. Der Grund, der eine einheitliche N o r m auslegung verlangt (einheitlicher Sinn der Rechtsnormen, Rechtssicherheit) entfällt damit. Um es überspitzt auszudrücken: Der Anwendungsbereich der (gesetzlichen oder tarifvertraglichen) Norm schrumpft im Rahmen eines solchen Günstigkeitsvergleichs auf den einen Fall zusammen, den die Einzelvereinbarung betrifft. Deshalb ist dort ein am Einzelfall orientierter Günstigkeitsvergleich erforderlich.

ff) Die Aufdeckung der in Rechtsprechung und Schrifttum verbreiteten methodischen Fehler bei der Durchführung des Günstigkeitsvergleichs zwischen zwei Kollektivregelungen wurde nur durch eine Besinnung auf die allgemein anerkannten Auslegungsgrundsätze möglich, deren Beachtung bislang zugunsten billiger Einzelentscheidun-

1) NIKISCH, Lehrbuch Bd.I, S.524; ders. in RdA 1953, S.83.

gen versäumt worden war. Das Beispiel erhellt eindringlich, wie sich ohne feste methodische Grundlage auf die Dauer keine juristisch standfesten Entscheidungen treffen lassen [1]. Die fehlende Methodensicherheit führt - wovor FORSTHOFF erst jüngst gewarnt hat - "zu einer immer weitere Bereiche ergreifenden Hinwendung der Rechtsprechung zu unformalem Recht, dessen Irrationalität sich in der Tatsache erweist, daß es nur nach den Umständen des jeweiligen Falles so oder so praktiziert, aber nicht generell mit angebbaren Rechtsfolgen artikuliert werden kann" [2].

2) Die Entscheidung des Großen Senats vom 17.12.1959.

Wie die Entscheidung des II. Senats vom 24.2.1955 zum Anwendungsbereich des § 616 BGB brachte auch das Urteil des I. Senats vom 17.4.1959 keine endgültige Klarheit über die in ihm entschiedenen Rechtsfragen. Die unvollständige Auseinandersetzung mit den im Schrifttum vertretenen Ansichten, zudem die auffallende Kürze des Urteils hatten zur Folge, daß beim BAG bereits wenig später ein ähnlicher Streitfall zur Entscheidung stand. Der II. Senat hatte über folgenden Sachverhalt zu befinden:

Der Kläger war seit 1954 bei der Beklagten als Bäcker beschäftigt. Vom 23. September bis zum 6. Oktober 1957 (also nach Inkrafttreten des ArbKrankhG) war er arbeitsunfähig krank, erhielt vom dritten Tage an Krankengeld und von der Beklagten den ihm nach dem ArbKrankhG zustehenden Arbeitgeberzuschuß. Mit der Klage verlangte er darüberhinaus volle Lohnfortzahlung für die beiden ersten Krankheitstage. Er stützte sich dabei auf einen

1) STERN in NJW 1958, S.695 ff.
2) FORSTHOFF in DÖV 1959, S.43 r.Sp.

Manteltarifvertrag (MTV) vom 2.6.1956, der in einer besonderen Bestimmung vorsah, daß der erkrankte Arbeitnehmer bis zum Beginn der Krankenversicherungsleistungen den Lohn weitererhielt. Außerdem bestimmte der MTV, daß der Arbeitnehmer nach einer Beschäftigungsdauer von mindestens sechs Monaten vom vierten Krankheitstage an einen Arbeitgeberzuschuß in Höhe des Unterschiedsbetrages zwischen den Leistungen der Krankenkasse und 90 % des Netto-Durchschnittsverdienstes erhielt, und zwar bis zum Ablauf des ersten Kalenderjahres für sechs Arbeitstage, danach für 24 Arbeitstage pro Kalenderjahr.

Der II. Senat sah sich aufgrund der nach wie vor umstrittenen Rechtslage hinsichtlich des Verhältnisses des ArbKrankhG zu § 616 BGB veranlaßt, die Sache gemäß § 45 Abs.II, S.2 ArbGG dem GS zur Entscheidung folgender Rechtsfragen vorzulegen:

+) Ist § 616 Abs.I BGB durch das ArbKrankhG für den Fall der Arbeitsunfähigkeit eines Arbeiters infolge unverschuldeter Krankheit außer Kraft gesetzt ?

+) Im Falle der Bejahung der ersten Frage;
Sind in einen Günstigkeitsvergleich zwischen der tariflichen Regelung und dem ArbKrankhG auch die Tarifvertragsbestimmungen einzubeziehen, die § 616 Abs.I BGB wiederholen und konkretisieren, oder bestehen solche tariflichen Regelungen unbeschadet des ArbKrankhG weiter, ohne daß ein Günstigkeitsvergleich auf sie erstreckt werden kann ? [1]

---

1) Aus der Formulierung der Frage ergibt sich, daß der II. Senat gleich dem I. Senat die grundsätzliche Möglichkeit der Weitergeltung älterer Tarifverträge als unzweifelhaft angenommen hat.

Das besonders Interessante an diesem Fall ist, daß hier der MTV, auf den sich der Kläger berief, einmal eine "gespaltene Lösung" der Lohnfortzahlung nach dem Muster des (zur Zeit des Abschlusses des MTV noch nicht in Kraft gewesenen) ArbKrankhG enthielt, darüberhinaus aber während der Karenztage bis zum Eintritt der Krankenversicherung volle Lohnfortzahlung vorsah. Von einer Wiederholung oder Konkretisierung des § 616 Abs.I BGB - so der II. Senat - kann man dabei allerdings nicht mehr sprechen, nachdem der GS in seiner bereits besprochenen Entscheidung vom 18.12.1959 eindeutig festgestellt hat, daß § 616 Abs.I BGB nicht in jedem Fall für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit einen Anspruch auf Lohnfortzahlung eröffne. Da jene Entscheidung aber erst nach der Abfassung des MTV erging, dürften sich die Tarifpartner bei der Abfassung des MTV an § 616 BGB orientiert haben, wenn man berücksichtigt, daß seinerzeit die Entscheidung des II. Senats vom 24.2.1955 die letzte Stellungnahme des BAG zu dieser Frage war.

Zum Verständnis des umfangreichen Beschlusses des GS [1] und der folgenden Kritik läßt es sich nicht vermeiden, die einzelnen Gedankengänge der Entscheidung, soweit sie Auslegungsfragen betreffen, an dieser Stelle in gedrängter Form wiederzugeben [2].

1) Der GS geht vom Wortlaut des § 11 Abs.II ArbKrankhG aus, wonach mit dem Inkrafttreten des ArbKrankhG alle entgegenstehenden Vorschriften außer Kraft getreten

---

1) BAG (GS), Beschluß vom 17.12.1959 - GS 2/59 (2 AZR 477/58) - BAGE Bd.8, S.285 ff. = AP Nr.21 zu § 616 BGB m. Anm. v. HUECK.

2) Da die Entscheidung in der amtlichen Sammlung fast 29 Seiten umfaßt, kann die Begründung hier nur stark zusammengefaßt wiedergegeben werden.

sind [1]. § 616 Abs.I BGB und das ArbKrankhG widersprechen sich nach Ansicht des GS; denn § 616 Abs.I BGB umfasse a u c h den Fall der unverschuldeten Krankheit eines Arbeiters und regle ihn a n d e r s als das ArbKrankhG. Entgegen einer verschiedentlich geäußerten Ansicht sei das Günstigkeitsprinzip bei der Aufeinanderfolge von G e s e t z e n nicht heranzuziehen; vielmehr gelte der Grundsatz "Lex posterior derogat legi priori" auch dann, wenn eine in einer weitgefaßten Norm enthaltene Regelung eines engeren Tatbestandes durch eine neue nur den engeren Tatbestand a n d e r s als früher regelnde Norm abgelöst werde. Ein wesentlicher Unterschied zwischen § 616 Abs.I BGB und dem ArbKrankhG, der zugleich die Gegensätzlichkeit der beiden Regelungen verdeutliche, liege darin, daß § 616 Abs.I BGB (abgesehen vom Fall der Erkrankung eines Angestellten) dispositiv sei, während die Zuschußregelung des ArbKrankhG nicht zuungunsten des Arbeiters abgedungen werden könne, das neue Gesetz also eine unabdingbare Mindestordnung geschaffen habe. Auch die vierwöchige Wartezeit nach § 1 Abs.II ArbKrankhG spricht nach Ansicht des GS entscheidend für einen Ausschluß des § 616 Abs.I BGB, da die Lohnfortzahlung nach der letzteren Bestimmung nicht von einer bestimmten Dauer des Arbeitsverhältnisses abhängig sei und damit der Neuregelung deutlich widerspreche [2].

2) Auch aus § 7 ArbKrankhG meint der GS einen Ausschluß des § 616 Abs.I BGB entnehmen zu können, da diese Vorschrift ausdrücklich nur eine Regelung nennt (nämlich § 4 der Anordnung zur Vereinheitlichung der Erziehungsbeihilfen und sonstigen Leistungen an Lehr-

---

1) Amtl. Slg. aaO. S.291.

2) aaO. S.293.

linge und Anlernlinge in der privaten Wirtschaft vom 25.2.43), die unbeschadet der Neuregelung der Lohnfortzahlung fortbestehen soll. Hätte der Gesetzgeber auch eine Weitergeltung des § 616 Abs.I BGB beabsichtigt, so hätte nach Ansicht des GS nichts näher gelegen, als dies in § 7 ArbKrankhG zu erwähnen [1].

3) Besonderes Gewicht legt der GS auf die Feststellung, daß der k o d i f i k a t o r i s c h e Charakter des ArbKrankhG zu einer Verdrängung des § 616 Abs.I BGB führen müsse. Die Leistungen des Arbeitgebers seien im ArbKrankhG hinsichtlich der Höhe und Berechnungsart, der Anrechnung anderer Leistungen und für den Fall der Beendigung des Arbeitsverhältnisses sowie für Heimarbeiter sehr genau geregelt. Diese Gesamtbetrachtung des Gesetzes lasse darauf schließen, daß das ArbKrankhG eine vollständige, abgeschlossene Ordnung erstrebe. Wenn man zusätzlich noch den bereits erwähnten § 7 ArbKrankhG hinzuziehe, sei der kodifikatorische Sinn des Gesetzes klar ersichtlich.

4) Der kodifikatorische Charakter des ArbKrankhG läßt sich, wie der GS weiter ausführt, besonders gut anhand der systematischen und funktionellen Stellung beider Regelungen in der Rechtsordnung verdeutlichen [2]. Trotz der in den Einzelheiten verschiedenen Ausgestaltung der Lohnfortzahlung bestehe nämlich kein wirklicher Unterschied zwischen der Fortzahlung der Vergütung nach § 616 Abs.I BGB und dem Arbeitgeberzuschuß zum Krankengeld gemäß § 1 Abs.I ArbKrankhG. In jedem Fall folge die Leistungspflicht des Arbeitgebers nicht aus dem Synallagma Arbeit - Lohn, sondern aus der personenrechtlichen Struktur des Arbeitsverhältnisses und

---

1) aaO. S.294.
2) aaO. S.295.

diene damit der Verwirklichung des personalen Fürsorgegedankens [1]. Stimmten aber beide Regelungen in ihrem Wesen überein, so sei der Schluß gerechtfertigt, daß die eingehendere Regelung des ArbKrankhG die aus einem einzigen allgemein gehaltenen Satz bestehende ältere Regelung des § 616 Abs.I BGB verdrängt habe. Anderenfalls wären Unsicherheit und Unordnung die Folge. Der Hinweis auf die Spezialität des ArbKrankhG stelle demgegenüber auf eine mehr oberflächliche Betrachtungsweise ab. - Zu dem gleichen Ergebnis kommt man nach Ansicht des GS, wenn man die Leistungen des Arbeitgebers nicht als Ausfluß der Fürsorgepflicht, sondern als Modifizierung seiner synallagmatischen Verpflichtungen betrachte. Auch dann hätte infolge des übereinstimmenden Regelungssachverhalts und des gleichen Sinnes und Zweckes der Leistung des Arbeitgebers das ArbKrankhG den § 616 Abs.I BGB verdrängt.

Wichtig sei weiterhin, daß sich die funktionelle Stellung des § 616 BGB ändern würde, wenn diese Bestimmung neben dem ArbKrankhG in Kraft bliebe [2]. § 616 Abs.I BGB sei hinsichtlich der Krankheit eines Arbeiters als dispositive Regelung begründet gewesen und würde, bejahte man seine Weitergeltung, als solche zu der unabdingbaren Mindestordnung des ArbKrankhG hinzutreten. Diese systematische Veränderung hätte der Gesetzgeber eindeutig aussprechen müssen, wenn er sie beabsichtigt hätte. Da er das jedoch nicht getan habe, müsse im Interesse der Rechtsklarheit ein Wegfall des § 616 Abs.I BGB für den Fall der Krankheit eines Arbeiters angenommen werden.

5) Der Entstehungsgeschichte des ArbKrankhG widmet der GS nur einen kurzen Abschnitt. Er gibt dabei den Gang

---

1) aaO. S.297.

2) aaO. S.299.

der Beratungen im Bundestagsausschuß für Sozialpolitik wieder [1] und stellt fest, daß sich daraus keine eindeutigen Anhaltspunkte für den Willen des Gesetzgebers ergeben, § 616 Abs.I BGB neben dem ArbKrankhG bestehen zu lassen, daß vielmehr überwiegende Gründe für die gegenteilige Auffassung sprechen.

6) Ein Ausschluß des § 616 Abs.I BGB durch das ArbKrankhG entspricht nach Ansicht des GS auch letzten Rechtsprinzipien und Wertgedanken [2]. Ein zeitliches Nebeneinander beider Regelungen sei nicht möglich, weil der Arbeiter dann im Ergebnis mehr erhielte, als wenn er tatsächlich arbeiten würde. Aber auch während der beiden Karenztage und während der vierwöchigen Wartezeit nach § 1 Abs.II ArbKrankhG sei eine Lohnfortzahlung nach § 616 Abs.I BGB abzulehnen. Das widerspreche dem Sinn sowohl der Karenztage als auch der Wartefrist, die die Arbeitgeberleistung von einer gewissen Intensität des Arbeitsverhältnisses abhängig mache. Außerdem würden sich, zumal nach der Entscheidung des GS vom 18.12.1959, erhebliche Schwierigkeiten bei der Berechnung der "verhältnismäßig nicht erheblichen Zeit" ergeben. § 616 Abs.I BGB sei für kurzfristige Arbeitsverhinderungen, die nicht auf Krankheit beruhten, gut geeignet, für Krankheitsfälle dagegen denkbar ungeeignet. - Der Senat kommt sodann auf den Friedenszweck der Rechtsordnung zu sprechen [3]. Wenn bei der Setzung einer Norm das Weiterbestehen der alten Vorschriften zu der Gefahr ernster Unsicherheit und zu Streitigkeiten führen würde, so sei die alte Norm als außer Kraft getreten anzusehen, jedenfalls dann, wenn der Gesetz-

---

1) Vgl. oben S. 117.
2) aaO. S.300.
3) aaO. S.307.

geber nichts Gegenteiliges bestimmt habe. Der Wegfall des § 616 Abs.I BGB im Falle der Krankheit eines Arbeiters entspreche damit einem wesentlichen Zweck der Rechtsordnung.

Im letzten Abschnitt seiner Entscheidung beschäftigt sich der GS mit dem Verhältnis des ArbKrankhG zu den vor dem 1.7.1957 in Kraft getretenen Tarifverträgen und Tarifordnungen [1]. Er vertritt die Ansicht, daß deren Bestimmungen hinfällig geworden seien, soweit sie die Lohnfortzahlung im Falle der Krankheit eines versicherungspflichtigen Arbeiters regelten. Das ergebe sich aus § 11 Abs.II ArbKrankhG, wonach alle diesem Gesetz entgegenstehenden Vorschriften außer Kraft getreten seien. Darunter fielen einmal die Tarifordnungen als staatliches Recht, aber auch die Normen der Tarifverträge. Die unterschiedliche Behandlung von Tarifordnungen und Tarifverträgen wäre unverständlich. Das ArbKrankhG habe sämtliche früheren Rechtsnormen aufgehoben, ohne Rücksicht auf ihren Entstehungsgrund. Ein Günstigkeitsvergleich müsse in diesem Zusammenhang ausscheiden, da das Günstigkeitsprinzip durch das Ordnungsprinzip eingeschränkt werde [2]. Die Neuregelung der Lohnfortzahlung im Krankheitsfalle hebe alle bisherigen Regelungen des gleichen Tatbestandes, auch die für den Arbeiter günstigeren, auf. Anderenfalls könnte eine normative Ordnung nur zugunsten, nie dagegen zuungunsten der Betroffenen verändert werden. § 6 ArbKrankhG gelte daher nur für die Zeit n a c h dem Inkrafttreten des Gesetzes. Sonst wäre auch die weitgefaßte Vorschrift des § 11

1) aaO. S.309.
2) aaO. S.310.

Abs.II ArbKrankhG, wonach a l l e entgegenstehenden Vorschriften außer Kraft treten, unverständlich. Schließlich sei diese Regelung auch sinnvoll; denn bei den nach dem Inkrafttreten des ArbKrankhG abgeschlossenen Tarifverträgen kennten die Parteien die Regelung des Gesetzes, während bei früheren Tarifverträgen ein Günstigkeitsvergleich erhebliche Schwierigkeiten mit sich bringen würde [1]. Die Tarifordnungen und Tarifverträge seien aber auch deshalb außer Kraft getreten, weil § 616 BGB für den Fall der Erkrankung des Arbeiters nicht mehr gelte [2]. § 616 BGB sei die Grundlagennorm für diese Tarifverträge gewesen. Mit dem Inkrafttreten des ArbKrankhG sei deshalb die G e s c h ä f t s g r u n d l a g e aller bisherigen, die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall regelnden Tarifverträge fortgefallen. Damit seien auch die Tarifverträge selbst verdrängt worden. Die Autonomie der Tarifvertragspartner spreche nicht dagegen; denn die Eindeutigkeit und Sicherheit des Rechts sei hier der höherwertige Gesichtspunkt. Deshalb sei der Wegfall der Tarifverträge auch nicht von einer Kündigung abhängig zu machen, die infolge des Streites um die Zulässigkeit der Teilkündigung auch erhebliche praktische Schwierigkeiten mit sich bringen müßte.

a) Zum Verhältnis des ArbKrankhG zu § 616 Abs.I BGB.

Wenngleich die Entscheidung des GS überaus sorgfältig und ausführlich begründet ist, läßt sich doch manche Kritik anmelden.

aa) Diese muß bereits bei der grammatischen Auslegung des § 11 Abs.II ArbKrankhG durch den GS beginnen. Wenn der

---

1) aaO. S.311.

2) aaO. S.312/313.

Senat aus dem Wortlaut des § 11 Abs.II ArbKrankhG den Schluß zieht, frühere Normen, die die Lohnfortzahlung a n d e r s als das ArbKrankhG regelten, seien mit Inkrafttreten des neuen Gesetzes weggefallen, so geht er mit dieser Feststellung schon über den möglichen Wortsinn der Norm hinaus. Wollte man dem § 11 Abs.II ArbKrankhG diesen Wortsinn beimessen, so müßte die Bestimmung lauten:

> Mit dem Inkrafttreten des Gesetzes treten alle früheren Vorschriften außer Kraft, soweit sie eine a n d e r e Regelung der Lohnsicherung der Arbeiter im Krankheitsfall enthalten.

§ 11 Abs.II ArbKrankhG ordnet jedoch lediglich den Wegfall der diesem Gesetz w i d e r s p r e c h e n d e n Vorschriften an. Ob das bei § 616 Abs.I BGB der Fall ist, läßt sich im Rahmen einer grammatischen Auslegung nicht feststellen. Wegen der Fassung des § 11 Abs.II ArbKrankhG ist es auch nicht angebracht, ohne weiteres den Grundsatz "lex posterior derogat legi priori" heranzuziehen [1]. Grundsätzlich braucht in einem Nebeneinander beider Lösungen der Lohnfortzahlung nämlich kein Widerspruch zu liegen. Das wird gerade in diesem vom GS entschiedenen Fall deutlich, wo der im Rahmen des Rechtsstreits bedeutsame MTV ganz offensichtlich eine bewußte Kombination beider Systeme enthält. Eine wörtliche Auslegung führt danach hier zu keinem Ergebnis. Die weiteren Untersuchungen darüber, ob § 616 Abs.I BGB dem ArbKrankhG widerspricht, gehören deshalb nicht mehr zur grammatischen Auslegung; hierfür sind andere Kriterien maßgebend.

bb) Wenn der GS zunächst die Abdingbarkeit des § 616 Abs.I BGB und die unabdingbare Mindestordnung des ArbKrankhG vergleichend gegenüberstellt, dann handelt es sich da-

---

1) Dieser Grundsatz gilt ohnehin nicht generell in jedem Fall, vgl. ENNECCERUS-NIPPERDEY aaO. Bd.I, S.351.

bei um systematische Erwägungen. Als solche sind die Argumente des GS allerdings am Beginn der Auslegung von Wert. Stand § 616 Abs.I BGB - auch für den Fall der Krankheit eines Arbeiters - noch ganz auf dem Boden der Vertragsfreiheit und war deshalb auch zuungunsten des Arbeiters abdingbar, so hat der Gesetzgeber mit dem ArbKrankhG (§ 6 !) dem Arbeiter für den Krankheitsfall eine unabdingbare Mindestsicherung gegeben. Wenn die Bezeichnung der Lohnfortzahlung nach § 616 Abs.I BGB als Versorgungsleistung auch nicht recht paßte [1], für den Arbeitgeberzuschuß nach § 1 Abs.I ArbKrankhG ist sie durchaus angebracht [2]. Die Zahlung des Zuschusses zum Krankengeld gehört also zu den n o t w e n d i g e n Pflichten des Arbeitgebers, während früher durchaus eine Vereinbarung möglich war, nach der nur die tatsächlich geleistete Arbeit bezahlt wurde. § 616 Abs.I BGB und das ArbKrankhG unterscheiden sich auch noch in mehreren anderen wesentlichen Punkten: Während die BGB-Vorschrift a l l e Arbeitnehmer betraf, gilt das ArbKrankhG nur für Arbeiter. - Der Anspruch aus § 616 Abs.I BGB entsteht bei unverschuldeter Verhinderung an der Dienstleistung infolge irgendeines in der Person des Dienstverpflichteten liegenden Grundes; das ArbKrankhG hingegen regelt nur die Lohnsicherung bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit. Schließlich geht der Anspruch aus § 616 Abs.I BGB auf Weiterzahlung der Vergütung; das ArbKrankhG gewährt einen Arbeitgeberzuschuß zum Krankengeld [3]. § 616 Abs.I BGB steht nach alledem zu der neuen Regelung systematisch in einem gewissen Gegensatz. Ob sich die beiden Ordnungen nun w i d e r s p r e c h e n oder ob sie sich lediglich e r g ä n z e n , läßt sich an dieser Stelle jedoch noch nicht sicher beurteilen. Mit Recht hat der GS deshalb

---

1) S. oben S. 42.

2) LAG Bayern (Nürnberg) in Betrieb 1958, S.403.

3) Vgl. dazu SCHMATZ-FISCHWASSER aaO. S.159/160.

die Begründung seiner Entscheidung hier noch nicht abgeschlossen.

cc) Zu begrüßen ist es, daß der GS gleich am Anfang seiner Begründung die Heranziehung des Günstigkeitsprinzips als Auslegungskriterium bei der Konkurrenz gleichrangiger Normen entschieden ablehnt. Die Existenz des Günstigkeitsprinzips folgt aus dem das gesamte Arbeitsrecht beherrschenden sozialen Schutzgedanken [1]. Der Grundsatz, daß die stärkere Rechtsquelle die schwächere verdrängt, gilt deshalb im Arbeitsrecht nur zum Teil. Normative Regelungen sind grundsätzlich abdingbar, wenn der Arbeitnehmer dadurch günstiger gestellt wird. Bei der Konkurrenz ranggleicher Rechtsquellen gelangt das Günstigkeitsprinzip jedoch nicht zur Wirkung. Der staatliche Gesetzgeber und die Tarifvertragspartner würden sonst in ihrer Rechtsetzungsbefugnis in unzulässiger und untragbarer Weise beschränkt werden. Würde nämlich das Günstigkeitsprinzip allgemein, auch im Verhältnis ranggleicher Rechtsquellen zueinander, gelten, dann könnte eine bestehende Ordnung nie durch eine für den Arbeitnehmer ungünstigere Ordnung abgelöst werden. - Der Gesetzgeber behält jedoch, auch wenn er eine Materie abschließend geregelt hat, weiterhin die volle Gesetzgebungsbefugnis über sie. Es steht ihm frei, das geltende Gesetz später durch ein neues Gesetz abzulösen, ohne auf die materielle Stellung der Betroffenen Rücksicht nehmen zu müssen. Wäre der Gesetzgeber durch das Günstigkeitsprinzip eingeengt, dann wären die Folgen insbesondere in Krisenzeiten verhängnisvoll [2].

Dennoch wurde das Günstigkeitsprinzip bis in jüngere Zeit insbesondere bei der Konkurrenz von Tarifverträ-

---

1) Vgl. NIKISCH, Lehrbuch Bd.II, S.418; WLOTZKE aaO. Einführung S.11.

2) S. hierzu auch die Ausführungen unten S.171 ff.(175).

gen verschiedentlich als Auslegungskriterium benutzt [1]. Seine Verwendung ist hier jedoch - auch als Hilfsargument - aus den vorstehend genannten Gründen abzulehnen [2]. - § 11 Abs.II ArbKrankhG, der eine Abdingbarkeit der gesetzlichen Vorschriften zugunsten des Arbeiters ermöglicht, kann sich nach alledem (wie auch bereits die Formulierung "... können nicht ... a b g e d u n g e n werden" besagt) nur auf Rechtsquellen beziehen, die im Rang unter dem Gesetz stehen.

dd) Das nächste Auslegungselement des GS ist teleologischer Art: Mit der vierwöchigen Wartefrist gemäß § 1 Abs.II verfolge das ArbKrankhG den Zweck, die Zuschußzahlung des Arbeitgebers von einer gewissen Intensität des Arbeitsverhältnisses abhängig zu machen. § 616 Abs.I BGB, der keine Wartefrist enthält, habe damit eine dem neuen Gesetz widersprechende Zwecksetzung. Dieses Argument ist in der Tat überzeugend. Über den Zweck der Wartefrist des § 1 Abs.II ArbKrankhG kann nämlich kein Zweifel bestehen. Sie wurde ganz offensichtlich als eine Schutzvorschrift zugunsten der Arbeitgeber in das Gesetz aufgenommen. Die mit der sechswöchigen Zuschußzahlung verbundene Mehrbelastung sollte ihnen nur hinsichtlich d e r Arbeiter aufgebürdet werden, die dem Betrieb durch eine gewisse Dauer des Arbeitsverhältnisses (i.S. eines Rechtsverhältnisses) verbunden sind. Da § 616 Abs.I BGB eine solche Wartefrist nicht ent-

---

1) So etwa JACOBI, Arbeitsrecht S.242 (wenn auch nur als ultima ratio); RAG in ARS Bd.5, S.67; Bd.36, S.107 m. ablehnender Anm. von NIPPERDEY; LAG Hamm in BB 1953, S.115 stellte beim Zusammentreffen auf das Günstigkeitsprinzip ab.

2) So die heute h.M. Vgl. HUECK-NIPPERDEY-TOPHOVEN aaO. Anm.101 zu § 4; HUECK-NIPPERDEY aaO. Bd.II, S.467; NIKISCH, Lehrbuch Bd.II, S.418; GRAMM in Arb.-R.-Blattei unter Tarifvertrag XII, III,3; GUMPERT in BB 1953, S.115; LAG Düsseldorf in BB 1950, S.450; LAG Hamburg in BB 1952, S.290; LAG Kiel in BB 1953, S174 = Betrieb 1953, S.212.

hält, ergäbe sich im Falle der Weitergeltung dieser Vorschrift eine Lohnfortzahlungsregelung ohne erkennbaren Sinn: Erkrankte ein Arbeiter während der ersten vier Wochen des Arbeitsverhältnisses, so hätte er bei nur kurzer ("verhältnismäßig nicht erheblicher") Krankheitsdauer einen Anspruch auf volle Lohnfortzahlung; der Krankengeldanspruch ruhte während dieser Zeit (§ 189 RVO). Bei längerer krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit dagegen entfiele der Anspruch aus § 616 Abs.I BGB; der Arbeiter bekäme lediglich Krankengeld. Bei Fortdauer der Krankheit über die Vierwochenfrist hinaus träte dann die Zuschußzahlung des Arbeitgebers hinzu. Die Durchbrechung der vierwöchigen Wartefrist des § 1 Abs.II ArbKrankhG durch eine weitere Anwendung des § 616 Abs.I BGB wäre ein klarer Widerspruch zum ArbKrankhG i.S. des § 11 Abs.II des Gesetzes, da der Zweck der Wartefrist auf diese Weise zum Teil zunichte gemacht werden würde. - Auch die bewußte Verknüpfung des Arbeitgeberzuschusses mit den Karenztagen des § 182 Abs.I, Ziff.2, S.4 RVO spricht für einen Wegfall des § 616 Abs.I BGB im Rahmen des Regelungsbereichs des ArbKrankhG. Die Karenztage, die zwar von Arbeitnehmerseite stark angegriffen werden, aber als gesetzgeberische Entscheidung zu respektieren sind, würden ihre Bedeutung [1] in allen Fällen kurzer Krankheit verlieren, wenn der Arbeiter den vollen Lohn gemäß § 616 Abs.I BGB weiterbezahlt bekäme. - Der GS hat den Zweck der Karenztage leider an dieser Stelle seiner Entscheidung nicht mit berücksichtigt, obgleich sich daraus viel zur Stützung des Ergebnisses ergibt.

§ 616 Abs.I BGB bildet unter diesem Blickwinkel also nicht lediglich eine Ergänzung der Regelung des ArbKrankhG.

---

1) S. oben S. 91.

Die teleologische Auslegung führt demgegenüber bei SCHEDIWY [1] und DIEKHOFF [2] zu einem abweichenden Ergebnis. Beide Autoren weisen auf den Titel des ArbKrankhG (Gesetz zur V e r b e s s e r u n g .....) hin und untersuchen sodann, inwieweit das Gesetz tatsächlich eine Besserstellung der Arbeiter gebracht hat. Sie gelangen zu dem Ergebnis, daß nur die Arbeiter begünstigt seien, die bereits mindestens vier Wochen bei demselben Arbeitgeber beschäftigt sind. Der Zweck des Gesetzes beschränke sich also in Anbetracht der Gesetzesüberschrift [3] auf die Besserstellung der Arbeiter mit längerem als vierwöchigem Beschäftigungsverhältnis. SCHEDIWY und DIEKHOFF unterstellen deshalb dem ArbKrankhG, es regle überhaupt nur die Lohnsicherung bei dieser Gruppe von Arbeitern [4]. Bei Krankheiten von Arbeitern, die unter die Wartefrist des § 1 Abs.II ArbKrankhG fallen, sei mangels anderweitiger Regelung nach wie vor § 616 Abs.I BGB anwendbar. § 11 Abs.II ArbKrankhG komme somit schon deshalb nicht zum Tragen, weil eine Gesetzeskollision nicht gegeben sei. - - Diese Auslegung ist abzulehnen. SCHEDIWY und DIEKHOFF geben zwar vor, den Zweck des ArbKrankhG zu analysieren, sind dabei jedoch einem extremen Formalismus verhaftet. Einmal bietet die Bezeichnung des Gesetzes keineswegs einen Anhaltspunkt dafür, daß nun auch alle Arbeiter in jedem Fall wirtschaftlich bessergestellt sein sollen. Der Gesetzgeber hatte bei der Titelwahl naturgemäß die Gesamtregelung im Auge. Betrachtet man das ArbKrankhG insgesamt, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß es gegenüber § 616 Abs.I BGB einen

---

1) RdA 1958, S.51 ff.

2) AuR 1957, S.297.

3) Auf die Überschrift des Gesetzes weist auch OEHMANN (Betrieb 1959, S.860) hin.

4) Mit der gleichen Begründung HUECK-NIPPERDEY aaO. Bd.I, S.970.

sozialen Fortschritt bedeutet, auch wenn man allgemein eine Weitergeltung der alten BGB-Regelung verneint [1]. Der Lebensunterhalt der Arbeiter ist im Krankheitsfall nunmehr allgemein für sechs Wochen gesichert. In den Fällen, in denen ein Arbeiter v o r Ablauf der vierwöchigen Wartezeit erkrankt, erhält er zwar keine Zuschußzahlungen des Arbeitgebers zum Krankengeld, hat aber andererseits durch die Erhöhung des Krankengeldes einen gewissen Ausgleich für die weggefallene Lohnfortzahlung nach § 616 Abs.I BGB. Es dürfte sich zudem auch nur um relativ wenige Fälle handeln, in denen eine Weitergeltung des § 616 Abs.I BGB während der Vierwochenfrist dem Arbeiter effektiv einen wirtschaftlichen Vorteil brächte, nämlich dann, wenn die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit eine "verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit" nicht übersteigt. Die Lohnfortzahlung nach § 616 Abs.I BGB entfiele s t e t s bei längerer Krankheitsdauer, wie der GS in seiner Entscheidung vom 18.12.1959 [2] richtig festgestellt hat.

Davon abgesehen ist an der Auslegung SCHEDIWYs und DIEKHOFFs auch zu bemängeln, daß sie nach der Ermittlung des angeblichen Gesetzeszwecks nicht weiter untersuchen, ob dieser Zweck irgendwie vernünftig und sinnvoll ist. Eine solche Prüfung hätte ergeben, daß die Wartefrist des ArbKrankhG eben nur dann sinnvoll ist, wenn § 616 Abs.I BGB nicht mehr neben der Neuregelung weitergilt [3]. SCHEDIWY ist noch dazu inkonsequent, wenn er zwar eine Weitergeltung des § 616 Abs.I BGB während der Vierwochenfrist des § 1 Abs.II ArbKrankhG befürwortet, die Anwendung der BGB-Vorschrift während der beiden Karenztage aber ablehnt, obgleich sich doch auch dort bei kurzen Krankheiten eine Verschlechterung der Stellung des Arbeiters gegenüber früher ergibt.

---

1) Zu weitgehend deshalb auch BAG, Urt. vom 18.12.1958 - 2 AZR 166/58 - BAGE Bd.7, S.142 (147 oben).

2) S. Anm.1 auf S.76.

3) S. oben S. 146 ff.

Eine Begründung dafür, warum der aus der amtlichen Überschrift entnommene Zweck des ArbKrankhG während der Karenztage nicht beachtlich sein soll, gibt SCHEDIWY nicht.

Die Ansicht SCHEDIWYs und DIEKHOFFs wurde an dieser Stelle ausführlich erörtert, um zu zeigen, wie die teleologische Auslegung desselben Gesetzes zu zwei genau entgegengesetzten Ergebnissen führen kann. Es scheint sich die Feststellung HECKs zu bewahrheiten, daß der gesetzeskundige Richter für jedes beliebige Urteil eine gesetzmäßige Begründung zu finden vermag [1]. Diese These ist jedoch überspitzt. Da jede Norm nur einen einheitlichen Sinn hat und einheitlich auszulegen ist, kann folgerichtig auch nur e i n Auslegungsergebnis normgerecht "gesetzmäßig" sein. Alle anderen Begründungen sind Fehlbegründungen. Die Unrichtigkeit einer nur scheinbar gesetzmäßigen Entscheidung ist zwar nicht immer leicht aufzudecken (es gäbe sonst keine juristischen Streitfragen); im vorliegenden Fall begegnet es indes keinen sonderlichen Schwierigkeiten, den Ursachen der Fehler in der Begründung SCHEDIWYs und DIEKHOFFs auf die Spur zu kommen. Die Gesetzesauslegung (i.e.S.) beginnt beim Wortlaut des Gesetzes und endet auf der letzten Stufe bei der Erforschung des Gesetzeszwecks im Rahmen des möglichen Wortsinnes. Grammatische und teleologische Auslegung sind also als zwei verschiedene Auslegungsstationen voneinander zu trennen. Der GS hat diesen Weg im wesentlichen eingehalten, zunächst den Wirkungsbereich des § 11 Abs.II ArbKrankhG nach seinem Wortsinn abgegrenzt [2], sodann den Zweck der Wartefrist des § 1 Abs.II ArbKrankhG ermittelt und daraus den Widerspruch des § 616 Abs.I BGB zum ArbKrankhG ab-

---

1) HECK, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz S.117; vgl. auch WENZEL in JZ 1960, S.713 1.Sp.

2) wobei er freilich ein gutes Stück über das Ziel hinausgeschossen ist, vgl. oben S. 140/141.

geleitet. Dagegen schließen SCHEDIWY und DIEKHOFF aufgrund des Ergebnisses einer Wortinterpretation, der nicht einmal eine Norm des ArbKrankhG, sondern sein Titel zugrundeliegt, auf den Zweck des gesamten Gesetzes und den Umfang der von ihm geregelten Materie. Eine vertiefende Betrachtung des Gesetzes wird auf diese Weise nicht erreicht. Die teleologische Auslegung hat gerade den Zweck, Fehler und Irrtümer des historischen Gesetzgebers aufzudecken und - zunächst im Rahmen des irgendwie möglichen Wortsinnes des Gesetzes - zu berichtigen. Im vorliegenden Fall bedarf es dazu insbesondere der Erforschung des Zweckes der einzelnen Einrichtungen des ArbKrankhG. Das hat der GS mit der Untersuchung der Wartefrist des § 1 Abs.II ArbKrankhG getan. Dagegen läßt sich anhand der Überschrift eines Gesetzes zwar möglicherweise in groben Zügen sein Zweck erkennen; bei der Auslegung einzelner Normen führt eine solche Zweckbetrachtung a l l e i n jedoch nicht weiter.

ee) Im nächsten Abschnitt seiner Entscheidung versucht der GS, aus § 7 ArbKrankhG Gesichtspunkte gegen eine Weitergeltung des § 616 Abs.I BGB zu entnehmen. Nach § 7 ArbKrankhG bleibt § 4 der Anordnung zur Vereinheitlichung der Erziehungsbeihilfen und sonstigen Leistungen an Lehrlinge und Anlernlinge in der privaten Wirtschaft vom 25. Februar 1943 [1] durch die Neuregelung unberührt. Argumento e contrario schließt der GS daraus, daß § 616 Abs.I BGB, soweit er die Lohnfortzahlung für Arbeiter im Krankheitsfall regle, fortgefallen sei, da er anderenfalls in § 7 ArbKrankhG mit hätte erwähnt werden müssen. Die Nichterwähnung des § 616 Abs.I BGB begründet also nach Ansicht des GS keine Gesetzeslücke. Das Schweigen des Gesetzes ist nach seiner

1) RArbBl.I, S.164.

Begründung "beredt", so daß sich die s c h e i n b a r e Lücke ohne weiteres mit Hilfe des Umkehrschlusses schließen läßt.

Bei der in § 7 ArbKrankhG erwähnten Vorschrift handelt es sich um eine Anordnung des damaligen Generalbevollmächtigten für den Arbeitseinsatz, die gemäß § 2 der Verordnung über die Lohngestaltung vom 23. April 1941 [1] in Verbindung mit der Verordnung über die Rechtsetzung durch den Generalbevollmächtigten für den Arbeitseinsatz vom 25. Mai 1942 [2] erlassen worden war. - § 4 der Anordnung vom 25.2.1943 bestimmt, daß Lehrlingen und Anlernlingen die Erziehungsbeihilfe bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit bis zu sechs Wochen und im Falle der Arbeitsunfähigkeit infolge eines Betriebsunfalls bis zu zwölf Wochen weiterzuzahlen ist. Der Grund, warum diese Bestimmung ausdrücklich in § 7 ArbKrankhG erwähnt wird, ist danach unschwer zu erkennen. § 4 der Anordnung enthält nämlich nicht nur eine a n d e r e Regelung der Lohnsicherung als das ArbKrankhG, sondern w i d e r s p r i c h t dem Gesetz eindeutig, gewährt er doch den Lehrlingen und Anlernlingen weit mehr, als ihnen nach dem ArbKrankhG zustünde. Die Vorschrift überlagert das ArbKrankhG damit vollständig. Deshalb war eine Ausnahmebestimmung erforderlich, um ihnen die Vorteile auch weiterhin zu erhalten. § 4 der Anordnung wäre automatisch gemäß § 11 Abs.II ArbKrankhG außer Kraft getreten, wenn seine Weitergeltung nicht ausdrücklich angeordnet worden wäre.

Im Falle des § 616 Abs.I BGB ist die Frage dagegen nicht auf der Stelle zu beantworten. Hier ist durch Auslegung zunächst einmal zu ermitteln, o b die BGB-Vorschrift dem ArbKrankhG widerspricht. Erst wenn

---

1) RGBl. I, S.222.

2) RGBl. I, S. 347.

ihr Widerspruch zur Neuregelung eindeutig festgestellt ist, läßt sich die Schlußfolgerung ziehen, daß sie mit Inkrafttreten des ArbKrankhG unwirksam geworden ist, da § 7 ArbKrankhG die Weitergeltung nicht anordnet. Der Hinweis auf § 7 ArbKrankhG hätte also an den Schluß der Begründung gehört, und zwar nicht als "aktives" Auslegungsmoment, sondern lediglich als deklaratorische Bestätigung der anhand des § 11 Abs.II ArbKrankhG getroffenen Entscheidung. Der GS geht jedoch den umgekehrten Weg: Daraus, daß § 7 ArbKrankhG den § 616 Abs.I BGB nicht erwähne, ergebe sich der Ausschluß letzterer Vorschrift. An dieser Stelle machen sich die ersten Folgen der zu weitgehenden grammatischen Auslegung des § 11 Abs.II ArbKrankhG bemerkbar. Weil der GS dem § 11 Abs.II den Wortsinn entnommen hat, jede a n d e r e Lohnfortzahlungsregelung sei außer Kraft getreten, ist er der Versuchung erlegen, § 7 ArbKrankhG bereits an dieser Stelle als e c h t e s Auslegungsmoment in die Entscheidung aufzunehmen. Auch wenn man die Wortinterpretation des GS als richtig unterstellt, ist diese Argumentation jedoch logisch unrichtig. Der Hinweis auf § 7 ArbKrankhG hätte a u f j e d e n F a l l als bloße Bestätigung an den Schluß der Auslegung gehört.

ff) Mit dem Hinweis auf den kodifikatorischen Charakter des ArbKrankhG bringt der GS das zweite gewichtige Argument gegen eine Weitergeltung des § 616 Abs.I BGB. Man versteht unter einer kodifikatorischen Regelung ein Gesetz, das eine Materie umfassend und abschließend behandelt und deshalb alle früheren Regelungen derselben Materie außer Kraft setzt [1]. Ob ein Gesetz kodifikatorischen Charakter hat, läßt sich häufig ohne weiteres einer besonderen Vorschrift entnehmen, so etwa

1) Vgl. ENNECCERUS-NIPPERDEY aaO. Bd.I, S.49.

Art.55 EGBGB, § 26 Abs.I KSchG, § 90 S.1 BetrVG [1]. Enthält ein Gesetz keine solche Bestimmung, dann ist die Frage durch Ermittlung seines objektiven Zweckes zu beantworten, sofern die Entstehungsgeschichte des Gesetzes keine hinreichenden Anhaltspunkte bietet. Angesichts der etwas dunklen Fassung des § 11 Abs.II ArbKrankhG ist auch im vorliegenden Fall eine solche Auslegung vonnöten. Wenn sich dabei ergibt, daß das ArbKrankhG das Gebiet der Lohnsicherung der Arbeiter im Krankheitsfall abschließend regeln will, so folgt daraus, daß § 616 Abs.I BGB dem ArbKrankhG insoweit widerspricht und nicht mehr anzuwenden ist.

Der teleologischen Auslegung des GS ist in diesem Punkt beizupflichten. War die Lohnfortzahlung früher in einem einzelnen Paragraphen des Dienstvertragsrechts geregelt, so existiert jetzt ein selbständiges Gesetz, das die Leistungen des Arbeitgebers hinsichtlich der Voraussetzungen und Höhe in allen Einzelheiten genau regelt. Der GS nimmt deshalb mit Recht an, ein Gesetz mit derart ausführlichem Inhalt wolle die in ihm enthaltene Materie abschließend regeln. Durch eine Weitergeltung des § 616 Abs.I BGB würde die Ordnung des neuen Systems in einer Weise gefährdet werden, die sich mit dem Zweck des ArbKrankhG nicht vereinbaren ließe [2]. - Bejaht man den kodifikatorischen Charakter

---

1) Daß in diesen drei Beispielen ausschließlich landesrechtliche Vorschriften außer Kraft gesetzt werden, liegt daran, daß das BGB das erste reichseinheitliche umfassende Gesetz des materiellen Zivilrechts war (Art.32 EGBGB ist deshalb nur deklaratorische Bedeutung beizumessen), daß ferner sowohl der Kündigungsschutz als auch das Betriebsverfassungsrecht gemäß Art.74 Ziff.12 GG zur konkurrierenden Gesetzgebung gehören und der Bund vor dem Inkrafttreten des KSchG und des BetrVG von seiner Gesetzgebungsbefugnis keinen Gebrauch gemacht hatte.

2) So auch STAUDINGER-NIPPERDEY-MOHNEN-NEUMANN aaO. Anm.35 zu § 616; PALANDT-GRADEN Anm. 3 d zu § 616; HESSEL in BB 1957, S.681; ders., Krankheit im Arbeitsrecht S.46.

des ArbKrankhG, so muß man - worauf der GS in seiner Entscheidung allerdings nicht einzugehen brauchte - davon ausgehen, daß § 616 Abs.I BGB hinsichtlich des gesamten Komplexes "Krankheit eines Arbeiters" durch die Neuregelung verdrängt worden ist. Es läßt sich insbesondere keine Differenzierung danach treffen, ob die Krankheit den Arbeiter absolut arbeitsunfähig macht oder nicht [1]; denn eine sinnvolle Aufteilung unter dem Gesichtspunkt, welche Auswirkungen die Krankheit auf die Leistungsfähigkeit des Arbeiters hat, läßt sich angesichts der weiten Fassung des § 11 Abs.II ArbKrankhG nicht durchführen [2]. Eine gewisse wirtschaftliche Schlechterstellung des Arbeiters gegenüber der früheren Rechtslage ist dann allerdings in manchen Fällen in Kauf zu nehmen [3]. Durch die Vierwochenfrist des § 1 Abs.II ArbKrankhG droht besonders in den Gewerbezweigen mit starker Fluktuation, wie z.B. im Baugewerbe, eine Schlechterstellung. Die unerträglichen Folgen, die die Wartefrist für jene Arbeiter mit sich bringen würde, werden jedoch üblicherweise durch entsprechende tarifvertragliche Regelungen ausgeglichen. - Es besteht nach alledem kein Grund, den kodifikatorischen Charakter des ArbKrankhG in Frage zu stellen. Gegenüber dem Kodifikationsargument vermag denn auch keine der bisher vertretenen abweichenden Ansichten durchzudringen, insbesondere nicht die am ausführlichsten begründete und oben S. 148 ff. kritisierte Ansicht SCHEDIWYs und DIEKHOFFs. Der GS hätte deshalb die Auslegung des ArbKrankhG zwecks Nachweises seiner Kodifikationswirkung hier bereits abschließen können.

---

1) Vgl. hierzu die Ausführungen oben S. 92 ff.

2) So das Urt. des II. Senats des BAG vom 10.5.1962 - 2 AZR 222/61 - in NJW 1962, S.1693; in diesem Sinne wohl auch Hessel, Krankheit im Arbeitsrecht, S.45 unten.

3) S. oben S. 117, 118, 149/150.

gg) Der Senat versucht aber in einem weiteren breit angelegten Abschnitt, den kodifikatorischen Charakter des ArbKrankhG zusätzlich dadurch zu beweisen, daß er die s y s t e m a t i s c h e und f u n k t i o n e l l e Stellung der alten und der neuen Regelung vergleicht. Dabei wird ausdrücklich betont, daß der Satz "lex specialis derogat legi generali" gegenüber der systematischen Auslegung auf eine mehr äußerliche Betrachtungsweise abstelle. Der GS gelangt bei der Prüfung der systematischen Stellung des § 616 Abs.I BGB und der Zuschußregelung des ArbKrankhG zu dem Ergebnis, daß der Grund für die Leistungen des Arbeitgebers nach beiden Gesetzen in der Fürsorgepflicht liege und infolgedessen das ArbKrankhG und § 616 Abs.I BGB die gleiche systematische Grundlage haben, so unterschiedlich auch die Einzelausgestaltung in beiden Fällen sein mag. Die Richtigkeit dieses Standpunktes ist nicht ernsthaft anzuzweifeln; denn die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall geht über das rein schuldrechtliche Synallagma hinaus und ist nur aus dem Wesen des Arbeitsverhältnisses als personenbezogenem Rechtsverhältnis heraus verständlich. Zwar entsteht der Anspruch aus § 616 Abs.I BGB selbständig, wogegen der Zuschußanspruch nach § 1 Abs.I ArbKrankhG an die Verpflichtung der Krankenkasse zur Krankengeldzahlung angelehnt ist; es wäre jedoch absurd, die Zuschußzahlung deshalb nicht als arbeitsrechtliche (fürsorgerische), sondern als versicherungsrechtliche Leistung anzusehen. Es besteht auch nicht der geringste Anhaltspunkt dafür, daß hier die Arbeitgeber gemeinsam mit der Krankenkasse als Krankenversicherungsträger auftreten sollen. Wenn die Leistungen des Arbeitgebers nach § 616 Abs.I BGB und dem ArbKrankhG auch in mehreren Punkten voneinander abweichen [1], der rechtssystematische K e r n der Arbeitgeberleistungen nach beiden Gesetzen stimmt doch

---

1) S. oben S. 144.

überein. Soweit verdienen die Ausführungen des GS also volle Zustimmung.

Nach dem umfangreichen systematischen Vergleich beider Gesetze wirkt die Schlußfolgerung des GS trivial: Da beide Regelungen im Kern wesensgleich seien, sei der Schluß gerechtfertigt, daß die eingehendere und nähere Regelung des ArbKrankhG die aus einem einzigen allgemein gehaltenen Satz bestehende Regelung des § 616 Abs.I BGB abgelöst habe, zumal die letztere Vorschrift kürzere Dienstleistungsverhinderungen a l l e r Arbeitnehmergruppen betreffe, nicht nur die k r a n k h e i t s bedingte Arbeitsunfähigkeit bei A r b e i t e r n . Der GS betont an dieser Stelle nochmals, daß es sich hier nicht um eine Anwendung des Satzes vom Vorgehen des Spezialgesetzes vor dem allgemeinen Gesetz handle. Gerade darauf läuft die Begründung aber hinaus. Die Verbrämung mit systematischen Erwägungen kann nicht darüber hinwegtäuschen, daß der GS hier den Satz "lex specialis derogat legi generali" unbeabsichtigt doch angewandt hat. - Die Voraussetzungen dieses Satzes sind immer dann gegeben, wenn sich zwei Gesetze gegenüberstehen, von denen das eine zum Teil die Materie des anderen mit regelt. Dabei ist nur die s a c h l i c h e Materie bedeutsam, nicht aber, wie der Gesetzgeber sie rechtlich bewertet [1]. Um beim Beispiel des ArbKrankhG zu bleiben: Dem Gesetzgeber standen bei der Neuregelung der Lohnsicherung im Krankheitsfall theoretisch zwei grundsätzliche Lösungsmöglichkeiten zur Verfügung. Er hätte wie der BGB-Gesetzgeber eine rein arbeitsrechtliche Regelung treffen, aber ebensogut eine rein versicherungsrechtliche Unterhaltssicherung der Arbeiter durch entsprechende Erhöhung des Krankengeldes anordnen können. Die systematische Verschiedenheit der beiden hypothetischen Regelungen liegt auf der Hand.

---

1) Vgl. die ähnliche Problematik oben S. 49.

Trotzdem wird sich nicht bestreiten lassen, daß jede von beiden gegenüber § 616 Abs.I BGB lex specialis wäre. Die systematische Einordnung der jeweiligen Gesetzesinhalte hat darauf keinerlei Einfluß. So bleibt - scheidet man die systematische Auslegung aus der Betrachtung aus - in der Entscheidung des GS lediglich die Feststellung, daß das eingehendere und speziellere ArbKrankhG den § 616 Abs.I BGB im Rahmen seines Regelungsbereichs verdrängt hat. Die systematische Auslegung des § 616 Abs.I BGB und des ArbKrankhG ist nach alledem zwar richtig, hier aber überflüssig, da sie nicht zu der angestrebten vertiefenden Betrachtung des Gesetzes hinsichtlich seines kodifikatorischen Charakters, sondern nur zu einer versteckten Anwendung des vom GS mit Recht als oberflächlich bezeichneten Satzes vom Vorgehen des speziellen vor dem allgemeinen Gesetz führt. War der Vergleich der systematischen Stellung beider Regelungen überflüssig, so ist die Ansicht des GS, der Gesetzgeber hätte die Weitergeltung des § 616 Abs.I BGB auch deshalb ausdrücklich anordnen müssen, weil sich dabei die f u n k t i o n e l l e Stellung dieser Bestimmung ändern würde, unrichtig. Die Frage ist in Anbetracht des § 11 Abs.II ArbKrankhG immer wieder darauf zu richten, ob § 616 Abs.I BGB dem ArbKrankhG w i d e r s p r i c h t . Die sog. Funktionsänderung - d.h. das Hinzutreten des abdingbaren § 616 Abs.I BGB zu der unabdingbaren Mindestordnung des ArbKrankhG - begründet an sich noch keinen Widerspruch zur Neuregelung, kann vielmehr, wie bereits oben S. 145 bei der Darstellung der systematischen Verschiedenheiten beider Regelungen angedeutet wurde, durchaus als Ergänzung dazu gedacht sein. - Im übrigen handelt es sich auch hier um systematische Interpretation, was in der Entscheidung des GS nicht ganz deutlich hervortritt. Die systematische "Ortung" eines Rechtsinstituts soll verdeutlichen, an welcher Stelle es im

juristischen Gesamtsystem steht, um auf diese Weise die Abgrenzung seines Wirkungsbereichs, den man ebensogut als Funktionsbereich bezeichnen kann, zu ermöglichen. Der Funktionsbereich ist also in der systematischen Stellung eines Rechtsinstituts notwendig einbegriffen und nur die praktische Erkenntnis aus deren Feststellung. Beide Begriffe liegen eng beieinander und geben zwei Stufen eines einheitlichen Auslegungsvorganges wieder. Die Systematisierung des Rechts ist theoretische Arbeit; der Schluß auf den Funktionsbereich der Normen - die zweite Stufe - ist die praktische Nutzanwendung daraus, ohne die die Jurisprudenz wertlos wäre.

Der Standpunkt des GS ist auch deshalb abzulehnen, weil die Systematisierung des Rechts zu den Aufgaben der Wissenschaft, nicht aber der Gesetzgebung gehört. Aus diesem Grunde ist auch nicht zu erwarten, daß in den gesetzgebenden Gremien Überlegungen zum Einfluß eines neuen Gesetzes auf die systematische Stellung älterer Vorschriften angestellt werden, zumal bei dem heutigen enormen Umfang der Gesetzgebungsarbeit, die häufig nicht einmal genügend Zeit läßt, um die Gesetzestexte unmißverständlich abzufassen. Auch im Falle des ArbKrankhG ist deshalb davon auszugehen, daß sich weder die Gesetzesverfasser noch die parlamentarischen Gremien über systematische Fragen Gedanken gemacht haben. Aus den Materialien ergibt sich jedenfalls nichts dafür.

hh) Im nächsten Abschnitt erst bezieht der GS die Entstehungsgeschichte des ArbKrankhG in seine Auslegung ein. Es wäre angebracht gewesen, diesen Abschnitt vor der teleologischen Auslegung zu bringen, weil die historische Auslegung, die im Rahmen des Wortsinnes die subjektive Vorstellung der an der Gesetzgebung Beteiligten berücksichtigt, dem Gesetz als geschichtlich

gewordenem Geisteswerk mehr verhaftet ist als die auf objektive Momente abstellende teleologische Auslegung. - Der GS gelangt mit Recht zu dem Ergebnis, daß sich aus der Entstehungsgeschichte des ArbKrankhG keine eindeutigen Schlüsse auf das vom Gesetzgeber beabsichtigte Verhältnis des neuen Gesetzes zu § 616 Abs.I BGB ziehen lassen, wenngleich sich, wie der Senat ebenfalls richtig ausführt, e i n i g e Anhaltspunkte f ü r einen Wegfall letzterer Vorschrift ergeben. Dafür spricht insbesondere die Ablehnung einer Empfehlung des Bundestagsausschusses für Arbeit im federführenden sozialpolitischen Ausschuß, wonach dem § 616 BGB ein dritter Absatz des Inhalts angefügt werden sollte, daß im Falle der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit eines Arbeiters nurmehr das ArbKrankhG gelte [1]. Von einem Regierungsvertreter wurde dabei darauf hingewiesen, daß das ArbKrankhG gegenüber § 616 Abs.I BGB ohnehin lex specialis sei, so daß sich eine solche Vorschrift erübrige. Andererseits wurde aber gerade in diesem Zusammenhang nach Angabe bei SCHMATZ-FISCHWASSER [2] aus der Mitte des sozialpolitischen Ausschusses vorgebracht, man solle die weitere Anwendung des § 616 Abs.I BGB doch nicht verhindern, wenn der Arbeiter dadurch besser gestellt werde. SCHMATZ-FISCHWASSER geben leider keine Fundstelle hierfür an (aus den Protokollen ergibt sich nichts), weshalb dieser Gesichtspunkt wohl auch in der Entscheidung des GS keine Berücksichtigung findet. Geringe Anhaltspunkte für eine beabsichtigte ausschließliche Geltung des ArbKrankhG ergeben sich auch aus der Anregung des CDU-Abgeordneten Dr. DITTRICH während der 1. Lesung des Gesetzes, nur dem Arbeiter, der bereits seit Jahr und Tag dem Betrieb angehört, eine verstärkte Sicherung durch einen höheren Satz als 50 % seines Loh-

---

1) Prot. Nr.159 - II. Wahlperiode - des BT-Ausschusses für Sozialpolitik, zit. bei SCHMATZ-FISCHWASSER aaO. Einführung S.47/48.

2) aaO. Anm.II zu § 6 (S.117); vgl. auch oben S. 117.

nes in Form des Krankengeldes zu geben [1]. Hier deutet sich der Zweck der später in das ArbKrankhG aufgenommenen vierwöchigen Wartefrist an (Schutz des Arbeitgebers). Im Bericht des federführenden Bundestagsausschusses für Sozialpolitik wurde dieser Gedanke übernommen. Dort wurde dem Bundestag empfohlen, wegen der nicht unbedeutenden F l u k t u a t i o n bei Arbeitern die vierwöchige Wartefrist einzuführen [2]. Wenn auch aus diesen Stellungnahmen zur Wartefrist nicht zu ersehen ist, ob sie letzten Endes im Parlament herrschend geworden sind, so sind sie doch ein Indiz für die Absicht des Gesetzgebers, dem Arbeiter erst nach einer Intensivierung des Arbeitsverhältnisses einen Anspruch auf Zuschüsse des Arbeitgebers zum Krankengeld zukommen zu lassen. Ein anderer vernünftiger Zweck der Vierwochenfrist des § 1 Abs.II ArbKrankhG läßt sich auch, wie die teleologische Auslegung bereits ergeben hat, nicht finden. Eine Weitergeltung des § 616 Abs.I BGB würde die mutmaßlichen Absichten des Gesetzgebers durchkreuzen.

ii) Der GS versucht im letzten Abschnitt des ersten Teils seiner Entscheidung nachzuweisen, daß sich sein Standpunkt im Gegensatz zu den abweichenden Meinungen mit den die Rechtsordnung beherrschenden Prinzipien und Wertgedanken in Einklang befindet. Der Leser, der hier bedeutsame Argumente für einen Ausschluß des § 616 Abs.I BGB erwartet, wird allerdings enttäuscht. Zwar rührt der GS gleich am Anfang dieser Ausführungen ein tragendes schuld- und arbeitsrechtliches Prinzip an, indem er ein zeitliches Nebeneinander des ArbKrankhG und des § 616 Abs.I BGB mit der Begründung ablehnt, der

---

1) BT-Protokoll - 108. Sitzung vom 26.10.1955, S.5921.
2) BT-Protokoll - 212. Sitzung vom 24. 5.1957, S.12385.

Arbeiter bekäme dann m e h r , als wenn er tatsächlich arbeitete. Es gehört zweifellos zu den grundlegenden Prinzipien des Schuld- und auch des Arbeitsrechts, dem Vertragspartner bei Nichtleistung nicht mehr Gegenleistungen zu gewähren als im Falle tatsächlich erfolgter Leistung. Dieser Grundsatz hat aber geradezu axiomatischen Charakter, so daß die Forderung nach kumulativer Gewährung der Leistungen nach dem ArbKrankhG u n d § 616 Abs.I BGB bislang von niemandem erhoben worden ist. Der Hinweis des GS hätte sich deshalb wohl erübrigt. - Wenn der Senat dann auf den Sinn und Zweck der beiden Karenztage (§§ 1, 8 Ziff.1 ArbKrankhG, 182 Abs.I, Ziff.2 RVO) zu sprechen kommt, so handelt es sich dabei um teleologische Argumente, die mit tragenden Rechtsprinzipien und Wertgedanken indes nichts zu tun haben und deshalb an dieser Stelle nicht angebracht sind.

Mit dem Friedenszweck der Rechtsordnung greift der GS dann jedoch wieder ein rechtsethisches Prinzip auf. Aus dem Zusammenhang ergibt sich, daß dieser Begriff als Synonym für "Rechtssicherheit" gebraucht wird. Die Rechtssicherheit aber gehört zu den der Gesamtrechtsordnung vorgegebenen rechtsethischen Prinzipien, die wiederum zu dem größeren Kreis der objektiv-teleologischen Kriterien zählen [1]. Der Senat ist der Ansicht, daß nur bei einem Wegfall des § 616 Abs.I BGB die Rechtssicherheit gewährleistet wird [2] und begründet das damit, daß § 616 BGB infolge des schwammigen Begriffs "verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit" einen Unsicherheitsfaktor in das System der Lohnsicherung im Krankheitsfall hineinbringen würde. Der GS übersah dabei jedoch zweierlei: Einmal enthält das ArbKrankhG s e l b s t mit § 6 eine Bestimmung, die das Auftreten schwieriger

1) LARENZ, Methodenlehre S.254.

2) Darauf weisen auch STAUDINGER-NIPPERDEY-MOHNEN-NEUMANN aaO. Anm.85 zu § 616 und HESSEL in BB 1957, S.681 hin.

Grenzfälle und damit die Gefahr komplizierter Rechtsstreitigkeiten mit sich bringt. Die Abdingbarkeit der gesetzlichen Regelung zugunsten des Arbeiters ist ein nicht eben geringer Unsicherheitsfaktor, da die Günstigkeitsfrage nicht immer leicht zu entscheiden sein wird [1]. Der Gesetzgeber hat solche Schwierigkeiten aber bewußt in Kauf genommen [2]. Es ist deshalb auch nicht einzusehen, weshalb eine Weitergeltung des § 616 Abs.I BGB dem Prinzip der Rechtssicherheit widersprechen müßte. - Der Ansicht des GS ist insbesondere auch deshalb nicht zu folgen, weil ja die Unsicherheit im Falle der Weitergeltung der BGB-Vorschrift nicht größer wäre als vor dem Inkrafttreten des ArbKrankhG. Da der Arbeiter nur bei Arbeitsverhinderungen von "verhältnismäßig nicht erheblicher" Dauer einen Lohnfortzahlungsanspruch hatte, bestand seit eh und je die Gefahr einer gewissen Rechtsunsicherheit. Insbesondere nach der Neufassung des § 189 RVO konnte der Arbeiter in eine mißliche Lage geraten, weil ja der Anspruch auf Krankengeld ruht, wenn und soweit der Versicherte Arbeitsentgelt erhält [3]. Es war also denkbar, daß der Arbeitgeber den Lohn nicht weiterzahlte, weil er der Ansicht war, die Krankheitsdauer überstiege eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit. Zugleich konnte der Fall eintreten, daß die Krankenkasse das Krankengeld zurückhielt, weil sie den Standpunkt vertrat, der Arbeitgeber sei zur Lohnfortzahlung verpflichtet. Seit einer Entscheidung des Reichsversicherungsamtes vom 4.11.1931 [4] war diesem Problem

---

1) S. oben S.122 ff.

2) Insoweit ist SCHEDIWY aaO. S.53 l.Sp. beizupflichten.

3) S. auch oben S. 79 ff.

4) Zit. bei SCHEDIWY aaO. S.53. Die Richtigkeit dieser Entscheidung ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des § 189 RVO, wonach Voraussetzung für das Ruhen des Krankengeldanspruches ist, daß der Versicherte tatsächlich Arbeitsentgelt erhält.

jedoch zumindest die soziale Schärfe genommen. Die Krankenkasse wurde dort verpflichtet, im Streitfall s t e t s primär zu leisten, wenn auch nur gegen Abtretung der etwaigen Ansprüche des Versicherten gegen seinen Arbeitgeber. Diesbezügliche Streitigkeiten spielten sich also seit jener Zeit hauptsächlich zwischen Arbeitgebern und Krankenkassen ab. Die angebliche "Rechtsunsicherheit", die bei jeder Gesetzesbestimmung mit Ermessensspielraum besteht, verringerte sich dabei im Laufe der Zeit um einiges, weil die Rechtsprechung den Begriff der "verhältnismäßig nicht erheblichen Zeit" zumindest in groben Umrissen einzukreisen vermocht hat [1]. Die Begründung des GS befriedigt also auch insoweit nicht.

jj) Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß der Auslegung des GS nur zum Teil zuzustimmen ist. Nur einige der vorgebrachten Argumente sind für die Entscheidung beachtlich; die Mehrzahl ist überflüssig oder unrichtig. Zu bemängeln ist an der Entscheidung auch die Reihenfolge der einzelnen Auslegungsstationen, die vom üblichen Weg [2] abweicht. Der mehrfache Wechsel zwischen systematischen und teleologischen Momenten sowie die Betrachtung der Entstehungsgeschichte des ArbKrankhG fast am Schluß der Auslegung nehmen der Entscheidung viel von der an sich erreichbaren Übersichtlichkeit. Sie hätte unter Beschränkung auf die beachtlichen Argumente wie folgt gegliedert werden sollen:

1) Grammatische Auslegung: Aus § 11 Abs.II ArbKrankhG ergibt sich, daß § 616 Abs.I BGB nur dann hinsichtlich der Krankheit von Arbeitern außer Kraft getreten ist, wenn er dem ArbKrankhG widerspricht.

2) Systematische Auslegung: Das ArbKrankhG und § 616 Abs.I BGB weisen in mehreren Punkten Verschiedenheiten

---

1) Vgl. STAUDINGER-NIPPERDEY-MOHNEN-NEUMANN aaO. Anm.15 zu § 616.

2) S. oben S. 11 ff.

auf. Ob diese einen W i d e r s p r u c h zwischen beiden Regelungen begründen, läßt sich allerdings noch nicht sicher nachweisen.

3) Historische Auslegung: Auch die Entstehungsgeschichte vermittelt keine eindeutigen Erkenntnisse über das Verhältnis dieses Gesetzes zu § 616 Abs.I BGB. Allerdings ergeben sich Anhaltspunkte f ü r einen Wegfall der BGB-Vorschrift.

4) Teleologische Auslegung:

a) Der erkennbare Zweck der Vierwochenfrist und der beiden Karenztage zwingt zu dem Schluß, daß § 616 Abs.I BGB mit Inkrafttreten des ArbKrankhG hinfällig geworden ist, soweit es die Materie des neuen Gesetzes mit regelt.

b) Aus der sehr ins einzelne gehenden Regelung des ArbKrankhG ergibt sich weiterhin der Zweck des Gesetzes, die Lohnsicherung der Arbeiter im Krankheitsfall abschließend (kodifikatorisch) zu regeln, so daß ältere Vorschriften insoweit außer Kraft getreten sind.

5) Ergebnis: § 616 Abs.I BGB widerspricht dem ArbKrankhG und ist, da seine Weitergeltung in § 7 ArbKrankhG nicht ausdrücklich angeordnet worden ist, nicht mehr anzuwenden.

Trotz der nicht in allen Punkten befriedigenden Auslegungsmethode ist aber dem Ergebnis des ersten Teils der Entscheidung des GS beizupflichten. § 616 Abs.I BGB ist also im Rahmen des Regelungsbereichs des ArbKrankhG außer Kraft getreten. Bei Arbeitsverhinderungen von Arbeitern infolge Krankheit gilt jetzt a l l e i n das ArbKrankhG; § 616 Abs.I BGB ist dagegen nach wie vor anzuwenden, wenn es sich um Arbeitsverhinderungen handelt, die nicht auf Krankheit beruhen.

b) Zum Verhältnis des ArbKrankhG zu älteren Tarifverträgen.

Der GS löst im zweiten Teil der Entscheidung das Problem des Verhältnisses des ArbKrankhG zu älteren (vorgesetzlichen) Tarifverträgen auf einfache Weise: A l l e früheren Tarifverträge sind, soweit sie Regelungen über die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall enthalten, nach seiner Ansicht mit Inkrafttreten des ArbKrankhG insoweit automatisch wirkungslos geworden [1]. So einleuchtend und zwingend die Begründung auf den ersten Blick erscheint, sie verdient doch Kritik.

aa) Die Problematik des Falles entsteht aufgrund einer scheinbaren Gegensätzlichkeit der §§ 6 und 11 Abs.II ArbKrankhG. Einerseits ordnet das Gesetz den Wegfall aller ihm widersprechenden Vorschriften an, andererseits erklärt es aber ausdrücklich Abmachungen für zulässig, die den Arbeiter günstiger stellen. - Unter "Abdingung" i.S. des § 6 ArbKrankhG sind u.a. vom Gesetz abweichende tarifvertragliche Regelungen zu verstehen. Wenn sich auch ein Tarifvertrag von einem gewöhnlichen schuldrechtlichen Vertrag dadurch unterscheidet, daß er normative Wirkungen bei Personen äussert, die am Vertragsschluß nicht beteiligt waren, so ist er doch zunächst ein privatrechtlicher Konsens zwischen zwei Parteien. Im gewöhnlichen wie im juristischen Sprachgebrauch versteht man unter der "Abdingung" gesetzlicher Vorschriften private Abmachungen, demnach

---

1) Der Standpunkt wird geteilt von HESSEL, Krankheit im Arbeitsrecht S.72 und HIERSEMANN in RdA 1958, S.210. - In einem Urteil vom 17.5.1962 (2 AZR 313/61, AP Nr.36 zu § 1 ArbKrankhG) hat der II. Senat des BAG unter Hinweis auf den Beschluß des GS entschieden, daß ein günstigerer Tarifvertrag, der z u s a m m e n mit dem ArbKrankhG (also am 1. Juli 1957) in Kraft getreten sei, hinsichtlich der Lohnsicherung im Krankheitsfall durch das ArbKrankhG nicht berührt werde. Eine nähere Begründung dieses Standpunktes enthält das Urteil nicht.

also auch Tarifverträge. - Die abweichende Auslegung SCHLESSMANNs [1], wonach § 6 ArbKrankhG tarifliche Regelungen der Lohnfortzahlung im Krankheitsfall nicht zulasse, ist abzulehnen. Sie wird im wesentlichen mit sozialpolitischen Argumenten begründet (Möglichkeit der Erzwingung günstigerer Tarifverträge durch Arbeitskampf, Gefahr zu starker finanzieller Belastung der Arbeitgeber), findet aber im Gesetz selbst keine Stütze. Es ist zwar richtig, daß der nach Ansicht der Mehrheit des Bundestages erforderliche Schutz insbesondere der mittelständischen Arbeitgeber eine rechtliche Gleichstellung der Arbeiter mit den Angestellten verhindert hat [2]; aus den Gesetzesmaterialien ergeben sich jedoch keine Anhaltspunkte dafür, daß das Ventil des § 6 ArbKrankhG mit Rücksicht auf die Arbeitgeber nur einzelvertraglichen Abmachungen offenstehen soll. Man kann deshalb davon ausgehen, daß tarifvertragliche Lohnfortzahlungsregelungen n a c h dem 1.7.1957 weiterhin zulässig sind, sofern die Arbeiter dadurch günstiger gestellt sind als nach dem ArbKrankhG.

bb) Bei ä l t e r e n Tarifverträgen dagegen können Zweifel auftauchen. Der Wortlaut des § 6 ArbKrankhG ("... können nicht ..... abgedungen w e r d e n") könnte dafür sprechen, daß das Günstigkeitsprinzip nur für zukünftige Abmachungen gelten solle. Es läßt sich aber andererseits im Rahmen einer Wortinterpretation auch nicht mit Sicherheit ausschließen, daß günstigere ältere Abmachungen weitergelten sollen. - - Eine wörtliche Auslegung des § 11 Abs.II ArbKrankhG vermittelt ebenfalls keine sicheren Erkenntnisse. Zwar treten nach dieser Bestimmung a l l e widersprechenden Vorschriften außer Kraft; wenn aber für den Arbeiter günstigere

---

1) Betrieb 1958, S.109.

2) Vgl. dazu die Ausführungen des CDU-Abgeordneten Dr. DITTRICH in der 212. Sitzung des BT vom 24.5.1957 (2. Lesung) - BT-Protokoll S.12397.

Vereinbarungen zulässig sind, enthalten möglicherweise auch vorgesetzliche tarifvertragliche Regelungen der Lohnfortzahlung keinen Widerspruch zum ArbKrankhG, sofern sie nur günstiger sind. Die Wortinterpretation ist also auch hier nur die erste Stufe der Auslegung und schafft noch keine Klarheit über die zu lösenden Fragen. Der GS geht bei der Wortinterpretation des § 11 Abs.II ArbKrankhG zu weit, wenn er aus der Fassung der Bestimmung herausliest, ein Günstigkeitsvergleich mit vorgesetzlichen Tarifverträgen sei unzulässig.

Der GS stellt in seiner Begründung richtig fest, daß alle Tarif o r d n u n g e n weggefallen seien, die die Lohnfortzahlung anders regelten als das ArbKrankhG. Das kann nach dem als richtig erkannten Ergebnis des ersten Teils der Entscheidung keinem Zweifel begegnen; denn die Tarifordnungen gemäß § 32 AOG, die vom Treuhänder der Arbeit erlassen wurden und gemäß Art.7 der zweiten Durchführungsverordnung zum AOG vom 10.3.1934 [1] im Reichsarbeitsblatt, dem amtlichen Organ des Reichsarbeitsministeriums, bekanntzumachen waren, enthalten staatliches Recht (Vorschriften i.S. des § 11 Abs.II ArbKrankhG). Sie sind deshalb vom kodifikatorischen ArbKrankhG abgelöst worden. Die Tarifordnungen können hier aber nicht ohne weiteres mit den Tarif v e r t r ä g e n gleichgesetzt werden. Sie unterscheiden sich in dem sehr wesentlichen Punkt, daß nämlich die Tarifordnungen hoheitlich festgesetzt wurden und für alle Arbeitnehmer und Arbeitgeber galten, während Tarifverträge auf der Übereinkunft zweier Vertragsparteien beruhen und grundsätzlich nur die tarifgebundenen Arbeitsvertragspartner berühren. Die private Übereinkunft ist aber wiederum nach § 6 ArbKrankhG der Anknüpfungspunkt für die möglicherweise zu bejahende Wei-

1) RGBl.I, S.187.

tergeltung günstigerer tarifvertraglicher Regelungen der Lohnfortzahlung im Krankheitsfall.

cc) Der GS begründet den Wegfall älterer tariflicher Lohnfortzahlungsregelungen sodann mit teleologischen Argumenten, in erster Linie mit dem O r d n u n g s p r i n z i p , durch welches das Günstigkeitsprinzip eingeschränkt werde. Das Ordnungsprinzip besagt nach Ansicht des GS, daß eine Kollektivregelung zunächst einmal eine uniforme Regelung schaffen will und deshalb alle früheren kollektiven Regelungen derselben Materie außer Kraft setzt. Zu beachten ist allerdings von vornherein, daß es im vorliegenden Fall um die Konkurrenz von Vorschriften aus verschiedenen Normebenen geht, nicht, wie beim Verhältnis des ArbKrankhG zu § 616 Abs.I BGB, um die Konkurrenz gleichrangiger Normen. - Der GS verweilt bei diesem Punkt nur relativ kurz. Eine grundsätzliche Untersuchung des Problems ist deshalb angebracht.

Ähnliche Probleme wie beim Zusammentreffen eines Gesetzes mit einem günstigeren älteren Tarifvertrag entstehen bei folgenden Gruppierungen:

Tarifvertrag - Einzelarbeitsvertrag,
Betriebsvereinbarung - Einzelarbeitsvertrag,
Tarifvertrag - Betriebsvereinbarung.

Die Meinungen in Schrifttum und Rechtsprechung sind in jedem Fall uneinheitlich.

1) Für das Verhältnis zwischen einem Tarifvertrag und einem vortariflichen günstigeren Einzelarbeitsvertrag bejaht die h.M. die Geltung des Günstigkeitsprinzips [1].

---

1) So schon das RAG in ARS Bd.9, S.610; Bd.38 S.84; Bd.39. S.277; HUECK-NIPPERDEY-TOPHOVEN aaO. Anm.80 zu § 4; SIEBERT in Festschrift f. Nipperdey S.125; CRONE in RdA 1953, S.212.

Das wird mit der Fassung des § 4 Abs.III TVG [1] sowie insbesondere damit begründet, daß anderenfalls die gewerkschaftlich organisierten Arbeitnehmer gegenüber den nichtorganisierten benachteiligt wären. NIKISCH [2] und WLOTZKE [3] weisen darauf hin, daß nach der Entwicklung unseres Tarifrechts - das Günstigkeitsprinzip ist dort zuerst sichtbar geworden - auch heute der Schutz des Arbeitnehmers die Hauptaufgabe des Tarifvertrages sei. Das Ordnungsprinzip müsse deshalb zurücktreten. Demgegenüber wird von SCHMIDT [4] geltend gemacht, aus dem Wortlaut des § 4 Abs.III TVG ergebe sich, daß das Günstigkeitsprinzip nur für zukünftige Abmachungen gelten solle [5]. Hatte nämlich § 1 Abs.I S.2 der TarifVO von einer "Änderung der Arbeitsbedingungen" gesprochen, so wurde in § 4 Abs.III TVG das Wort "Arbeitsbedingungen" durch "Regelungen" ersetzt. Das TVG knüpft damit nach Ansicht SCHMIDTs an bereits vorhandene tarifliche Regelungen an. Die Wortinterpretation SCHMIDTs ist jedoch nicht stichhaltig. Die Änderung ist offensichtlich darauf zurückzuführen, daß nach früherem Tarifrecht nur die Arbeitsbedingungen tariflich geregelt werden konnten, heute aber auch andere Fragen einer normativen Regelung zugänglich sind. § 4 Abs.II TVG spricht gerade in diesem Zusammenhang (Lohnausgleichskassen, Urlaubsmarken etc.) allgemein von "Regelungen". Demgegenüber hätte es eine Einschränkung bedeutet, wenn § 4 Abs.III die alte Formulierung der TarifVO übernommen hätte.

---

1) "Abweichende Abmachungen sind nur zulässig, soweit sie durch den Tarifvertrag gestattet sind oder eine Änderung der Regelungen zugunsten des Arbeitnehmers enthalten".

2) Lehrbuch Bd.II, S.427.

3) Günstigkeitsprinzip S.36.

4) RdA 1950, S.336; 1952, S.305 ff.

5) Im Ergebnis ebenso MAUS, Handbuch des Arbeitsrechts, TVG Anm. 92 zu § 4; LAG Berlin in RdA 1952, S.305.

2) Das Argument, ein Wegfall älterer günstigerer Einzelabreden bringe den organisierten Arbeitnehmern einen Nachteil, zieht nicht im Verhältnis Betriebsvereinbarung - Einzelabrede; denn die Betriebsvereinbarung erfaßt die Arbeitsverhältnisse a l l e r dem Betrieb angehörigen Arbeitnehmer, nicht nur der gewerkschaftlich organisierten. Im Hinblick darauf wird denn auch verschiedentlich die Ansicht vertreten, daß eine Betriebsvereinbarung frühere Einzelabreden verdränge [1]. Nach überwiegender Meinung tritt aber auch im Verhältnis Betriebsvereinbarung - Einzelarbeitsvertrag das Ordnungsprinzip gegenüber dem Günstigkeitsprinzip zurück [2].

3) Schließlich wendet die h.M. das Günstigkeitsprinzip auch im Verhältnis Tarifvertrag - vortarifliche Betriebsvereinbarung an, soweit trotz der Einschränkung betrieblicher Regelungen durch § 59 BetrVG ein Zusammentreffen möglich ist [3].

Eine überzeugende grundsätzliche Lösung dieser Probleme ist nur möglich, wenn man - losgelöst von Einzelfragen - Grundlagen und Grenzen des Verhältnisses zwischen dem Günstigkeits- und dem Ordnungsprinzip und einer möglichen Antinomie zwischen beiden aufdeckt. - Die rechtliche Existenz des Günstigkeitsprinzips bedarf keiner weiteren Begründung. Auch das Ordnungsprinzip - ein Ausfluß des Rechtssicherheitsgedankens - ist allgemein

---

1) G. HUECK, Betriebsvereinbarung S.115 ff.; LAG Frankfurt in AP 1950, Nr.57.

2) DIETZ, Anm. zu LAG Bremen in RdA 1949, S.272; GALPERIN in BB 1949, S.376; NEUMANN-DUESBERG in RdA 1949, S.49; LAG Heidelberg in AP 1950, Nr.268; NIPPERDEY bei HUECK-NIPPERDEY aaO. Bd.II, S.799; anders noch in Anm. zu RAG, ARS Bd.10, S.164 (168).

3) NIKISCH, Lehrbuch Bd.II, S.427; HUECK-NIPPERDEY aaO. Bd.II, S.418; HUECK-NIPPERDEY-TOPHOVEN aaO. Anm.83 zu § 4; anders auch hier SCHMIDT aaO.

anerkannt. Eine Kollektivregelung will eine allgemeine Ordnung schaffen und erfaßt die von ihr betroffenen Rechtsverhältnisse deshalb unmittelbar und zwingend. Das Ordnungsprinzip besagt weiterhin, daß eine normative Regelung frühere Normativregelungen derselben Materie grundsätzlich außer Kraft setzt [1], wofür sich die Parömie "lex posterior derogat legi priori" eingebürgert hat. Die erste methodisch fundierte Untersuchung zur Abgrenzung der Wirkungsbereiche des Ordnungs- und des Günstigkeitsprinzips stammt von NIPPERDEY [2]. Er führt dabei das Günstigkeitsprinzip auf das Leistungsprinzip und das Spezialitätsprinzip zurück. Diese Gabelung wurde erforderlich, weil es nicht nur bei Einzelabreden, sondern auch bei Kollektivregelungen in Erscheinung tritt. Wird das Günstigkeitsprinzip im Verhältnis Kollektivregelung - Einzelabrede bedeutsam, so kann man es mit NIPPERDEY auf das individuelle Leistungsprinzip zurückführen [3]. Der Arbeitnehmer soll durch eine gesetzliche, tarifliche oder betriebliche Regelung nicht der Möglichkeit benommen werden, durch eine Einzelabrede mit dem Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis in einer Weise zu gestalten, die dem Wert der individuellen Leistung im jeweiligen Betrieb

---

1) Natürlich nur, sofern sich aus der Fassung der späteren Norm keine Zweifel ergeben. Das Verhältnis des ArbKrankhG zu § 616 Abs.I BGB ließ sich infolge des eigenartigen Wortlauts des § 11 Abs.II ArbKrankhG gerade n i c h t mit Hilfe des Ordnungsprinzips klären (s. oben S.143).

2) Mindestbedingungen und günstigere Arbeitsbedingungen nach dem Arbeitsordnungsgesetz, in Festschrift für H. Lehmann 1937, S.257 ff.; vgl. auch die zusammenfassende Darstellung bei HUECK-NIPPERDEY aaO. Bd.II, S.416 ff.

3) Der Begriff "Leistungsprinzip" ist nicht ganz genau, da hier auch andere Gesichtspunkte eine Rolle spielen, wie etwa die wirtschaftliche Lage des Arbeitgebers und die soziale Bedürftigkeit des Arbeitnehmers. Vgl. dazu SIEBERT in Festschrift f. Nipperdey, S.127. Dennoch sollte man den Begriff beibehalten; denn der Leistungsgedanke steht durchaus im Vordergrund.

entspricht. Tritt das Günstigkeitsprinzip dagegen im Verhältnis zweier verschiedenrangiger Kollektivregelungen auf, so kann das individuelle Leistungsprinzip nicht zur Begründung herangezogen werden, da jeweils G r u p p e n von Arbeitnehmern betroffen sind. NIPPERDEY hat deshalb das Spezialitätsprinzip in die juristische Terminologie eingeführt, das man - jedenfalls in diesem Rahmen - ebensogut als "kollektives Leistungsprinzip" bezeichnen kann [1]. Eine Kollektivregelung stellt auch gegenüber einer anderen Kollektivregelung niederen Ranges nur Mindestbedingungen auf. Gegenüber einem alle Arbeitnehmer betreffenden Gesetz beruhen tarifvertragliche Normen auf den besonderen Verhältnissen in einem bestimmten Industriezweig (sofern es sich nicht um Haustarife handelt), letzteren gegenüber Betriebsvereinbarungen auf den besonderen Verhältnissen im Einzelbetrieb. Dem Schutzgedanken des Arbeitsrechts entspricht es, daß die kleinere Arbeitnehmergruppe die Arbeitsverhältnisse entsprechend den jeweils für sie in Betracht kommenden Bedingungen gestalten kann, ohne an eine bestehende weitergehende Regelung gebunden zu sein.

Aus NIPPERDEYs Untersuchungen läßt sich die Erkenntnis ziehen, daß ein Prinzipienwiderstreit zwischen dem Günstigkeits-und dem Ordnungsprinzip nicht besteht. Auch Leistungs- und Spezialitätsprinzip als Unterbegriffe des Günstigkeitsprinzips stehen nicht im Gegensatz zum Ordnungsprinzip. Die Existenz des Günstigkeitsprinzips ist vielmehr das Ergebnis eines bereits entschiedenen Prinzipienwiderstreits. Die eigentliche Antinomie bestand zwischen dem Ordnungsprinzip und dem

---

1) Auch das individuelle Leistungsprinzip ist zugleich Spezialitätsprinzip; denn die Einzelabrede ist im Rahmen eines Günstigkeitsvergleichs immer die speziellere Regelung, HUECK-NIPPERDEY aaO. Bd.II, S.418.

das Arbeitsrecht beherrschenden sozialen Schutzgedanken, letztlich also zwischen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit. Der Arbeitnehmerschutz trug dabei den Sieg davon; denn der Charakter des Arbeitsrechts als Arbeitnehmerschutzrecht machte eine Einschränkung des Ordnungsprinzips für dieses Rechtsgebiet erforderlich. Unabhängig von bestehenden und zukünftigen Regelungen muß für die Initiative des einzelnen Arbeitnehmers bzw. der Interessenverbände der Arbeitnehmer zur Erreichung besserer Arbeitsbedingungen Raum bleiben. Das so entstandene Günstigkeitsprinzip gibt einmal die Möglichkeit z u k ü n f t i g e r günstigerer Abmachungen. Der Zweck der Durchbrechung des Ordnungsprinzips wäre jedoch zum Teil wieder vereitelt, wenn bereits erzielte Erfolge der Arbeitnehmer durch spätere Gesetze, Tarifverträge oder Betriebsvereinbarungen ipso iure wieder zunichte gemacht werden würden. Die Einschränkung des Ordnungsprinzips muß sich deshalb auch auf frühere, dem Arbeitnehmer günstigere Abmachungen erstrecken [1]. Es wird dadurch im Grunde nicht mehr berührt, als wenn der Arbeitnehmerinitiative nur für die Zukunft Raum gelassen wäre.

Der Schutz des Arbeitnehmers darf jedoch nicht dazu führen, den Gesetzgeber, die Tarifvertragsparteien und

---

1) Darauf hebt das LAG Frankfurt in einem Urteil vom 16.4.1958 (AP Nr.5 zu § 1 ArbKrankhG, Bl.3) ausdrücklich ab. Das ArbKrankhG stehe, wie sich aus § 6 und aus seiner Gesamtstruktur ergebe, auf dem Boden des Günstigkeitsprinzips. Habe aber der Gesetzgeber selbst sich auf den Boden des Günstigkeitsprinzips gestellt, so sei dieses Prinzip in der gleichen Weise anzuwenden, in welcher auch sonst im Arbeitsrecht die Rangordnung zwischen den verschiedenen Rechtsquellen geregelt werde. Damit sei es für die Zulässigkeit einer günstigeren Regelung unerheblich, ob sie erst n a c h Inkrafttreten des ArbKrankhG oder schon vorher getroffen worden sei. - Ebenso das RAG in ARS Bd.9, S.610; Bd.38, S.84; Bd.39, S.277 (st. Rspr.); NIPPERDEY bei HUECK-NIPPERDEY Bd.2, S.414.

die Betriebsgemeinschaft in ihrer Regelungsbefugnis einzuengen. Deshalb gilt das Günstigkeitsprinzip nicht im Verhältnis ranggleicher Rechtsquellen zueinander. Hier herrscht weiterhin das Ordnungsprinzip. Anderenfalls könnte, da das Günstigkeitsprinzip heute zwingender Natur ist, eine normative Ordnung nur zugunsten, nie dagegen zu Ungunsten der Arbeitnehmer verändert werden [1].

Günstigkeitsprinzip und Ordnungsprinzip stehen nach alledem klar abgrenzbar nebeneinander. Das hat der GS übersehen. Das Günstigkeitsprinzip wird nicht, wie der GS meint, durch das Ordnungsprinzip eingeschränkt. Vielmehr ist umgekehrt das Ordnungsprinzip infolge des sozialen Schutzzwecks des Arbeitsrechts eingeschränkt, wodurch sich das Günstigkeitsprinzip erst entwickeln konnte. Der GS hat den Wirkungsbereich des Ordnungsprinzips deshalb zu weit gezogen. Im Verhältnis zwischen dem ArbKrankhG und einem vorgesetzlichen günstigeren Tarifvertrag kommt es jedenfalls nicht zum Tragen. Allein das Günstigkeitsprinzip gilt hier. Es müßten schon besondere Umstände - etwa eine entsprechende Gesetzesfassung - hinzukommen, um einen anderen Standpunkt gerechtfertigt erscheinen zu lassen. Die Fassung sowohl des § 6 als auch des § 11 Abs.II ArbKrankhG gibt aber durchaus die Möglichkeit, das Günstigkeitsprinzip auf vorgesetzliche Tarifverträge zu erstrecken, so daß der Standpunkt des GS abzulehnen ist.

dd) War die Entscheidung bisher von der Interpretation der §§ 6 und 11 Abs.II ArbKrankhG beherrscht, so führt der

---

1) Da das Günstigkeitsprinzip der P r i v a t initiative Wege öffnen soll, gilt es auch nicht im Verhältnis rangverschiedener s t a a t l i c h e r Rechtsquellen zueinander, also z.B. nicht im Verhältnis Gesetz - Verordnung.

GS mit dem Wegfall der Geschäftsgrundlage ein Institut des Vertragsrechts in die Begründung ein. Der Wegfall der Geschäftsgrundlage kann im Rahmen eines Streites um die Gültigkeit eines Tarifvertrages bedeutsam werden, da Tarifverträge zwar normative Wirkungen zeitigen, aber wie gewöhnliche schuldrechtliche Verträge e n t s t e h e n [1]. Die Begründung des GS ist jedoch auch in diesem Punkt zu beanstanden. Es soll im Rahmen dieser Untersuchung nicht näher geprüft werden, ob das Außerkrafttreten des Gesetzes, unter dessen Herrschaft ein Tarifvertrag abgeschlossen worden ist, sich s t e t s als Wegfall der Geschäftsgrundlage darstellt. Das ist zweifelhaft; denn ein notwendiges Abhängigkeitsverhältnis zwischen Gesetz und Tarifvertrag besteht nicht, wenngleich sich die Tarifvertragsparteien an der gesetzlichen Regelung orientiert haben mögen. Es wird deshalb in jedem Einzelfall vorab zu prüfen sein, ob sich aus dem Tarifvertrag Anhaltspunkte dafür ergeben, daß das beim Abschluß des Tarifvertrages geltende, die Vertragsmaterie behandelnde Gesetz Grundlage jenes Tarifvertrages sein sollte. Eine derartige Untersuchung konnte der GS hier gar nicht anstellen, weil er nur über die ihm vom II. Senat vorgelegten Rechtsfragen zu entscheiden hatte. Er konnte deshalb auch nicht kategorisch einen Wegfall der Geschäftsgrundlage bejahen.

Die Ausführungen des GS sind aber besonders deshalb anzugreifen, weil dem Wegfall der Geschäftsgrundlage dort Rechtsfolgen beigemessen werden, die dem System des Vertragsrechts zuwiderlaufen und weder in der Literatur noch in der Rechtsprechung bisher vertreten worden sind. Auch insoweit handelt es sich um echte Normeninterpretation; denn (abstrakte) Voraussetzungen

---

1) Vgl. dazu HUECK-NIPPERDEY aaO. Bd.II, S.330.

und Folgen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage stellen heute allgemein geltende ungeschriebene Normen dar. - Ganz einhellig wird die Ansicht vertreten, daß die Rechtsfolgen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage nur dann eintreten können, wenn sich eine Partei darauf beruft [1]. Das leuchtet ohne weiteres ein, wenn man sich vor Augen hält, daß auch im Falle des systematisch vergleichbaren Irrtums einer Partei und selbst bei arglistiger Täuschung keine automatische Nichtigkeit des Vertrages eintritt, es vielmehr einer Parteihandlung (Anfechtung) bedarf, um den Vertrag zu Fall zu bringen. Das gilt nicht nur für schuldrechtliche Verträge. Der I. Senat des BAG hat in zwei jüngeren Urteilen entschieden, daß der Wegfall der Geschäftsgrundlage auch bei Tarifverträgen nicht ipso iure Rechtsfolgen äußert, daß sich vielmehr eine Tarifvertragspartei darauf berufen muß [2]. Da Tarifverträge zu den Dauerrechtsverhältnissen zu zählen sind, müßte also die Partei, die die Umgestaltung oder im Extremfall die Auflösung des Vertrages herbeiführen will, eine K ü n d i g u n g aussprechen [3]. Nur dann, wenn bei unzweifelhaftem Wegfall der Geschäftsgrundlage das Rechtsgeschäft (scil. der Tarifvertrag) gegenstandslos geworden ist, seine Fortführung jeden

---

1) So schon RGZ Bd.146, S.379; Bd.168, S.126; RG in JW 1937, S.2036; HUECK-NIPPERDEY-TOPHOVEN aaO. Anm.29 zu § 1; STAUDINGER-WEBER Anm. E 373 zu § 242; ENNECCERUS-NIPPERDEY aaO. Bd.II, S.1081; HUECK-NIPPERDEY aaO. Bd.II, S.330; SIEBERT, Anm. zu LAG Berlin in BB 1953, S.624.

2) Urt. vom 5.3.1957 - 1 AZR 420/56 - AP Nr.1 zu § 1 TVG (Rückwirkung) = Betrieb 1957, S.431; Urt. vom 23.4.1957 - 1 AZR 477/56 - AP Nr.1 zu § 1 TVG = Betrieb 1957, S.483. In beiden Urteilen ging es um Urlaubsregelungen in Tarifverträgen, die unter Zugrundelegung des Hamburger Urlaubsgesetzes geschlossen worden waren. Das Gesetz war später vom BVerfG für unwirksam erklärt worden.

3) STAUDINGER-WEBER aaO.; SOERGEL-SIEBERT aaO. Anm.264 zu § 242; ebenso die in Anm.2 zitierten Entscheidungen des BAG.

Sinn verloren hat und deshalb vernünftigerweise von keiner Partei mehr ein Schritt zur Beendigung des Rechtsverhältnisses erwartet werden kann, läßt sich eine Auflösung ipso iure annehmen [1]. Die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage ist danach vom GS unrichtig angewandt worden.

Die Frage der Teilkündigung, die nach Ansicht des GS erhebliche praktische Schwierigkeiten mit sich bringen würde [2], ist hier in Wirklichkeit ohne Bedeutung:

1) Ist eine tarifliche Regelung nämlich g ü n s t i g e r als das ArbKrankhG, dann ist zwar möglicherweise die Geschäftsgrundlage des Tarifvertrages weggefallen, das Festhalten am Vertrag aber für keinen Teil unzumutbar. Das steht für den Arbeitnehmer außer Frage. Aber auch für den Arbeitgeber besteht keine Möglichkeit, den Tarifvertrag nunmehr wegen Unzumutbarkeit zu kündigen. Gegenüber § 616 Abs.I BGB hat das ArbKrankhG für ihn eine wirtschaftliche Mehrbelastung gebracht. Die dem Arbeitgeber nachteilige "Leistungsdifferenz" zwischen Gesetz und Tarifvertrag ist also auf jeden Fall geringer geworden.

2) Ist ein Tarifvertrag aber u n g ü n s t i g e r als das ArbKrankhG, dann ist er bereits gemäß den §§ 11 Abs.II, 6 ArbKrankhG in Wegfall geraten, so daß eine Umgestaltung oder Aufhebung infolge Wegfalls der Geschäftsgrundlage ohnehin entfällt.

---

1) LARENZ, Geschäftsgrundlage S.172 ff. (186); SOERGEL-SIEBERT aaO. Anm.264 zu § 242; vgl. auch FREY in AuR 1956, S.193 ff. (195).

2) Die Zulässigkeit der Teilkündigung eines Tarifvertrages ist in der Tat umstritten, vgl. etwa BAGE Bd.4, S.6 ff. (11); Bd.5, S.44 ff. (50).

3. Abschnitt.

Zusammenfassung und Ausblick.

A. Die Darstellung und Kritik der einzelnen BAG-Entscheidungen vermittelt, wie bereits oben auf S.88 f. angedeutet, den Eindruck einer scheinbar willkürlichen Anwendung der einzelnen Auslegungskriterien nebeneinander. Bei der Auslegung des § 616 Abs.I BGB sind es die wörtliche und die historische Interpretation, die letztlich den Ausschlag geben. Bei der Abgrenzung des Begriffs "Arbeitsunfähigkeit" in § 1 Abs.I S.1 ArbKrankhG sind dagegen systematische und - noch stärker - teleologische Erwägungen maßgebend, während die historische Auslegung dort völlig zurücktritt. Ebenso ist das Verhältnis des § 616 Abs.I BGB zum ArbKrankhG über die teleologische Auslegung zweifelsfrei zu bestimmen. Diese Vielfalt in der Anwendung der einzelnen Auslegungskriterien tritt nicht nur im Rahmen der hier ausgewählten BAG-Entscheidungen zu einem eng begrenzten Rechtsgebiet zutage; sie ist eine allgemeine Erscheinung. SCHEUERLE sah sich deshalb zu der Feststellung veranlaßt, die Mittelfunktion der Interpretation manifestiere sich "in der Tatsache, daß sich die praktische Rechtsanwendung nach Belieben aller Methoden bedient, welche die Auslegungstheorie kennt" [1]. Wäre das so richtig, so bedeutete es allerdings den Bankerott jeder echten Methodik der Gesetzesauslegung und gäbe der Argumentation der Freirechtslehre Nahrung, wonach gerichtliche Entscheidungen rechtsgefühlsmäßig oder "intuitiv" getroffen und erst hernach juristisch-logisch begründet werden [2]. - Die scheinbare Unordnung

---

1) Rechtsanwendung S.167.

2) S. etwa ISAY, Rechtsnorm und Entscheidung, S.60 ff., 338 ff.

in der praktischen Gesetzesauslegung nötigt jedoch nicht ohne weiteres zu dem Schluß, die ganze "Methodik" der Rechtsprechung bestehe darin, von Fall zu Fall ex aequo et bono zu entscheiden und lediglich nachträglich zu prüfen, ob die gefundene Entscheidung irgendwie mit dem Gesetz vereinbar ist. Jeder Richter wird zwar bestätigen können, daß das sog. "Judiz" eine nicht unerhebliche Rolle bei der Rechtsfindung spielt. Daraus folgt aber keineswegs, daß es die wesentliche Rechtsquelle sei, der gegenüber das geschriebene Gesetz nur untergeordnete Bedeutung habe. Die Gefahren, die der Auslegungsmethodik durch rechtsgefühlsmäßig getroffene Vorausentscheidungen erwachsen können, sind allerdings nicht zu übersehen.[1)]

I. Die Vielgestaltigkeit der Gesetzesauslegung und allgemein der juristischen Argumentation ist darauf zurückzuführen, daß die Rechtsnormen nicht wie Naturgesetze lückenlos und klar sind. Rechtsnormen sind von Menschen geschaffen und deshalb auch mit allen Unzulänglichkeiten menschlichen Geistes behaftet. Die Ursache der meisten Auslegungsprobleme liegt in der Begrenztheit sprachlicher Ausdrucksmöglichkeit. Anhand der Beispiele hat sich gezeigt, daß die Auslegungsprobleme (jedenfalls bei der Auslegung i.e.S.) stets mit der Feststellung beginnen, das Gesetz biete nach seinem Wortlaut mehreren Entscheidungen Raum.

II. Die Gesetzesauslegung ist s t e t s am einzelnen Problem orientiert; eine immer wiederkehrende, im eigentlichen Sinne "feste" Methodik gibt es nicht. Um zwei Beispiele aus den vorstehend untersuchten BAG-Entscheidungen gegenüberzustellen: Bei der Auslegung des § 616 Abs.I BGB ergeben sich anhand der Entstehungs-

1) Vgl. SIEBERT, Gesetzesauslegung S.38.

geschichte des Gesetzes wesentliche Gesichtspunkte dafür, daß nur bei Arbeitsverhinderungen von "verhältnismäßig nicht erheblicher Dauer" der Lohn weiterzuzahlen ist [1]. Bei der Abgrenzung des Begriffs "Arbeitsunfähigkeit" in § 1 Abs.I, S.1 ArbKrankhG dagegen ist eine historische Interpretation nicht ergiebig und deshalb überflüssig, weil die Materialien darüber ausdrücklich nichts enthalten.

Eine gleichbleibende Ordnung der Auslegungsmethodik ist lediglich insofern zu erkennen, als die R e i h e n f o l g e in der Heranziehung der einzelnen Auslegungskriterien teils logisch bedingt, teils aus Gründen der Zweckmäßigkeit festliegt. Dem Zweck des Gesetzes, der Teleologik, kommt dabei eine vorrangige Bedeutung zu. Das entspricht der modernen Wertungsjurisprudenz, die den Positivismus verdrängt hat [2]. Auch dabei wirkt sich natürlich wieder die Einzelproblematik aus; denn die Teleologik einer Norm läßt sich nur dann bei der Auslegung verwerten, wenn sie erkennbar ist. Das ist zwar in aller Regel, aber nicht unbedingt immer der Fall.

Das Problemdenken als juristische Methode wurde in jüngerer Zeit von VIEHWEG [3] vertreten. Nach seiner Auffassung ist alles juristische Denken am Einzelproblem orientiert. Er knüpft bei seinen Untersuchungen an die antike Topik, insbesondere an die grundlegenden Schriften von Aristoteles (Topica) und Cicero (De inventione) an. Die topische Denkmethode steht im Zusammenhang mit der Unterscheidung zwischen dem, was unumstößlich (apodik-

---

1) S. oben S. 38.

2) Ein näheres Eingehen auf Grundlagen und Werden der modernen Rechtstheorie müßte den Rahmen dieser Betrachtungen sprengen; es sei deshalb auf die ausgezeichnete Zusammenfassung bei LARENZ, Methodenlehre, Kapitel I, insbes. S.123 ff. verwiesen.

3) Topik und Jurisprudenz, 1953.

tisch) und dem, was nur meinungsmäßig (dialektisch) feststeht. Sie ist ein Verfahren, bei dem auf letzterem Gebiet zum Zwecke der Wahrheitsfindung aus wahrscheinlichen Sätzen (topoi, loca communa) Schlüsse gezogen werden. - Cicero hat die Methode für praktische Zwecke - insbesondere die Rhetorik - weiterentwickelt und einen Katalog allgemeiner topoi aufgezählt.

Der zweite Anknüpfungspunkt VIEHWEGs ist die Typisierung des philosophischen Denkens durch Nicolai HARTMANN [1]. HARTMANN unterscheidet zwei grundsätzliche Denktypen: das Systemdenken und das Problemdenken (Aporetik). VIEHWEG führt aus, die Topik sei der methodische Ausdruck des Problemdenkens; denn sie stelle zur Lösung von Problemen eine Reihe von Gesichtspunkten bereit, ohne sich auf ein bestimmtes System festzulegen [2]. Im Anschluß daran stellt VIEHWEG fest, es sei die Kernfrage der Rechtswissenschaft, "was denn hier und jetzt jeweils gerecht sei" [3]. Rechtswissenschaft sei daher ständige Problemerörterung, die nur im Wege topischen Denkens durchzuführen sei. VIEHWEG stellt drei Erfordernisse der Jurisprudenz heraus: [4]

1) Die Gesamtstruktur der Jurisprudenz kann nur vom Problem bestimmt werden.

2) Die Bestandteile der Jurisprudenz, ihre Begriffe und Sätze, müssen in spezifischer Weise an das Problem gebunden bleiben und können daher nur vom Problem her verstanden werden.

---

1) Diesseits von Idealismus und Realismus, in Kant-Studien Bd.29 (1924), S.160 ff.

2) aaO. S.15 ff.

3) aaO. S.65, vgl. auch ENGISCH, Einführung S.43.

4) aaO. S.66.

3) Die Begriffe und Sätze der Jurisprudenz können deshalb auch nur in eine Implikation gebracht werden, die an das Problem gebunden bleibt. Eine andersartige ist zu vermeiden.

Man muß konsequenterweise die Möglichkeit der Bildung eines umfassenden juristischen Systems von vornherein leugnen, wenn man der Lehre VIEHWEGs folgt [1]. VIEHWEG gibt denn auch selbst zu, das topische Denken führe "zu einer Pluralität von Systemen, ohne deren Verträglichkeit aus einem umfassenden System zu beweisen" [2]. Neben rückhaltloser Anerkennung der Lehren VIEHWEGs [3] finden sich daher auch Stimmen, die - jedenfalls für die Struktur des Rechts - das Problemdenken als ausschließliche Methode ablehnen und eine sinnvolle Ergänzung von Systemdenken und Problemdenken befürworten. Eine solche vermittelnde Ansicht vertritt ESSER, wenn er ausführt:

> "So wiederholt sich in allen Rechtskulturen ein Kreislauf zwischen Problementdeckung, Prinzipienbildung und Systemverfestigung. Was sich nach einem landläufigen Methodenstreit als ein vermeintlicher Wettkampf zwischen "offenem" problematischen und "geschlossenem" begrifflich-deduktiven Denken darstellt, ist weithin ein notwendiger und schubweiser Stoffwechsel zwischen den Neuerfahrungen der Fallpraxis und den Formkräften der Schule" 4).

Das Problem der Systembildung sei jedoch nur am Rande erwähnt; denn Systembildung und Auslegungsmethode sind zwei verschiedene Gebiete. Die Auslegung ist das M i t t e l zur Rechtsfindung. Sie ist als solches

---

1) LARENZ, Methodenlehre, S.133/134.

2) aaO. S.17.

3) COING in Archiv für Rechts- und Staatsphilosophie 1955, S.436 ff.

4) ESSER, Grundsatz und Norm S.7, 239.

dem positiven Rechtssystem vorgelagert und von ihm unabhängig. Über die Auslegungsmethode ist zwar durchaus eine Korrektur des überkommenen Systems möglich [1]; die Auslegungsmethodik darf aber nicht mit der Systematik des Rechts identifiziert werden. Das zeigt sich bereits deutlich daran, daß die Gesetzessystematik nur ein E i n z e l e l e m e n t der Auslegung ist. Konsequentes Problemdenken bei der Gesetzes a u s l e g u n g hat deshalb keinerlei Auswirkungen auf die Möglichkeit der Systembildung. Mag man auch über die Berechtigung von VIEHWEGs radikaler, umfassender Abkehr vom Systemdenken streiten; im Bereich der Auslegung ist das Problemdenken absolut herrschend. Ein fester, schulmäßiger, immer wieder gleich ablaufender Auslegungsmechanismus ist jedenfalls angesichts der immer wechselnden Ausgangsposition nicht denkbar [2].

B. Von hier aus läßt sich auch ein weiterer Schritt tun, um den Streit über das Z i e l der Gesetzesauslegung (Wille des Gesetzgebers oder "Wille des Gesetzes") beizulegen. Wenn in der Rechtsprechung einmal der ursprüngliche Wille des Gesetzgebers, ein andermal eine aktuelle Auslegung des Gesetzes "aus sich heraus" für maßgebend erachtet wird, so liegt darin keineswegs ein methodischer Widerspruch. Die Ermittlung des Willens des Gesetzgebers ist - wie eingangs [3] festgestellt wurde - das erste Ziel der Auslegung, sie muß aber nicht unbedingt das letzte sein. Anderenfalls müßte die Rechtsprechung erstarren und das Wort "Rechtsfortbildung" aus dem juristischen Sprachschatz verbannt werden. Nur eine mehrstufige Rechtsfindung wird den Anforderungen

---

1) S. oben S. 127.

2) Vgl. VIEHWEG aaO. S.59 unten.

3) Oben S. 7.

gerecht, die im Interesse von materieller Gerechtigkeit und Rechtssicherheit an die Rechtsprechung zu stellen sind. Wiederum ist es dabei die beim Zusammentreffen von Gesetzesnorm und Einzelsachverhalt entstehende Problematik, die auf das Auslegungsziel hinführt.

I. ZIMMERMANN unterscheidet drei Stufen der Interpretation [1]:

1) Die Rechtsfindung beginnt mit der subjektiven, historischen Auslegung. Das Gesetz ist so auszulegen, daß das Ergebnis dem Willen des historischen Gesetzgebers entspricht.

2) Die subjektive Auslegung wird ergänzt durch ein zweites Stadium der Gesetzesberichtigung [2]. Dem Gesetzgeber können bei der Betrachtung der Lebenswirklichkeit Fehler unterlaufen sein; er kann Lebensverhältnisse nicht, nicht vollständig oder falsch gesehen haben. Der Richter muß in der Lage sein, solche Anschauungsfehler oder psychologischen Irrtümer des Gesetzgebers zu berichtigen. Ein Gesetz kann auch dadurch fehlerhaft sein, daß der Gesetzgeber die soziale Wirklichkeit zwar gesehen, sie aber falsch bewertet hat. Auch in solchen Fällen muß eine Berichtigung möglich sein [3].

3) Auf die Gesetzesberichtigung folgt als drittes Stadium die Anpassung des Gesetzes an die veränderten

---

1) Mehrstufige Rechtsfindung als Verbindung von subjektiver und objektiver Auslegungsmethode, in NJW 1954, S.1628 ff., insbes. S.1630 1.Sp.

2) Dazu ZIMMERMANN, Die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Berichtigung der Gesetze, in NJW 1952, S.959 ff.

3) BENDER (JZ 1957, S.599/600) spricht hier von primärer Gesetzesergänzung und -berichtigung.

wirtschaftlichen Verhältnisse [1]. Ein Gesetz kann durch Altern dergestalt wirklichkeitsfern und unvernünftig werden, daß sein eigentlicher Sinn und Zweck ins Gegenteil umschlägt, daß es nicht mehr das Leben ordnet, sondern hindert. Ein solches Gesetz kann nich mehr verbindlich sein.

II. So sehr ZIMMERMANNs und BENDERs Untersuchungen grundsätzlich zu begrüßen sind - haben sie doch den Streit zwischen der subjektiven und der objektiven Theorie in ein neues Licht gerückt - die von ihnen vorgenommene Einteilung der drei Rechtsfindungsstufen begegnet doch Bedenken. Man kann nicht darauf abstellen, was für U r s a c h e n eine Rechtsfortbildung und damit eine Abweichung vom Buchstaben des Gesetzes erforderlich machen. In Anbetracht des Gebotes der Gewaltenteilung kann es nur darauf ankommen, w i e w e i t sich der Richter vom geschriebenen Gesetz entfernt; denn allein davon hängt es ab, welche Voraussetzungen er zu beachten hat. Eine andere Differenzierung wäre ohne praktischen Wert. Unter diesem Aspekt lassen sich die einzelnen Rechtsfindungsstadien wie folgt einteilen:

1) Das Gesetz ist im Rahmen seines möglichen Wortsinnes auszulegen. Dabei sind zunächst die Absichten des historischen Gesetzgebers zu ermitteln. Schon auf der ersten Stufe ist aber eine Lösung vom Willen des Gesetzgebers möglich, und zwar dann, wenn dieser entweder fehlerhaft war oder infolge eines Wandels der Verhältnisse als überholt anzusehen ist, die richtige Auslegung sich aber noch im Rahmen des möglichen Wortsinnes der Norm

---

1) Dazu ZIMMERMANN, Die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Anpassung der Gesetze an die veränderten wirtschaftlichen Verhältnisse, in NJW 1953, S.484; ders., Entscheidungen gegen das Gesetz ? in JR 1951, S.131.

hält [1]. Eine solche Rechtsfortbildung i n t r a legem ist danach umso leichter möglich, je unschärfer der Gesetzgeber eine Bestimmung gefaßt hat. Lockerungsbegriffe und Generalklauseln ("verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit" in § 616 Abs.I BGB, "Treu und Glauben") dienen denn auch dem Zweck, eine bewegliche Auslegung zu ermöglichen. Diese Art der Gesetzestechnik darf jedoch weder zu einer Gefährdung der Rechtssicherheit noch dazu führen, daß eine "Flucht in die Generalklauseln" den Richter in die Position des Gesetzgebers drängt. Es handelt sich dabei allerdings nicht um ein Auslegungs-, sondern um ein Gesetzgebungsproblem, das an dieser Stelle nur angedeutet werden kann.

2) Auf der zweiten Stufe sind etwa auftauchende Gesetzes l ü c k e n zu schließen. Hier werden Rechtsnormen entweder über den Rahmen ihres Wortsinnes hinaus interpretiert (offene Lücken) oder aber entgegen ihrem Wortsinn eingeschränkt (verdeckte Lücken). Stets ist der immanente Gesetzeszweck, der oft mit dem Willen des Gesetzgebers identisch sein wird, Maßstab für die Lückenausfüllung. Auch im zweiten Auslegungsstadium kann also durchaus die Ermittlung des Willens des Gesetzgebers das Ziel der Auslegung sein. Das zeigt z.B. die restriktive Interpretation des § 616 Abs.II BGB [2].

3) Auf der dritten Stufe schließlich erfolgt - sofern erforderlich - eine echte Gesetzesberichtigung. Dazu bedarf es der Feststellung, daß das Gesetz fehlerhaft ist. Unbeachtlich ist, ob die Fehlerhaftigkeit dem Gesetz von Anfang an infolge wertfremder Sicht des Gesetzgebers anhaftet oder ob es erst später infolge eines Wandels der sozialen Verhältnisse untragbar geworden ist. Eine Gesetzesberichtigung ist aber nur möglich,

---

1) S. oben S. 16/17.
2) S. oben S.82 ff.

wenn entsprechende außergesetzliche Kriterien mit normbildender Kraft vorhanden sind [1].

C. Da die Methode der Gesetzesauslegung von der Problematik des jeweiligen juristischen Sachverhalts bestimmt wird, entsteht für den Auslegenden das P r o b l e m der P r o b l e m e r k e n n t n i s . Neben der Beherrschung der Gesetzesmaterie muß der Jurist fähig sein, rechtliche Probleme anhand von Einzelfällen zu erkennen. Eine allgemeingültige Anleitung gibt es auch hierfür nicht. Jeder Rechtsstudent hat - besonders zu Beginn seines Studiums - zu spüren bekommen, welchen Schwierigkeiten es begegnet, ein Rechtsproblem "in den Griff zu bekommen", wenn etwa in Übungsarbeiten einzelne Abschnitte mit der Korrekturbemerkung "Überflüssig" versehen waren. - - Die Problemerkenntnis, der Ansatzpunkt der praktischen Rechtserkenntnis, ist die Domäne des Rechtsgefühls, freilich keines Rechtsgefühls i.S. der Neigung zu einem bestimmten Rechtsideal oder der Durchsetzung des nach Ansicht des Auslegenden geltenden Rechts [2]. Das Rechtsgefühl kann als Ausgangspunkt der Normeninterpretation nur soweit eine Rolle spielen, als es zur Erkenntnis führt, auf welche Interessen- oder Wertungsprobleme es bei der konkreten Rechtsfindung ankommt. Es darf sich also nicht um gefühlsmäßige Endentscheidungen handeln - jene sind mit Hilfe der rationalen Auslegungskriterien zu treffen - sondern lediglich um eine Weichenstellung für den bei der Auslegung einzuschlagenden Weg. Dieses richterliche Rechtsgefühl ist nicht nur emotional begründet. Die Erkenntnis von Problemen ohne rechtsethischen Wertgehalt wäre dann oft gar nicht möglich. Die

---

1) S. oben S. 61 ff.

2) Vgl. RIEZLER aaO. S.186.

Kenntnis der Systematik und der Zwecke der Rechtsnormen sind wesentliche Elemente dieses "juristischen Rechtsgefühls". Die praktische Erfahrung schärft es ständig weiter.

Wenn WÜSTENDÖRFER [1], ein Vertreter der modernen Interessenjurisprudenz, "vor die Logik, Philologik und Historik von Tatbestandssubsumption und Gesetzesauslegung als überwertigen Faktor der Rechtsfindung das sozialwissenschaftlich geklärte Rechtsgefühl des Richters" treten lassen will [2], so ist ihm zuzustimmen, soweit dies im eben dargelegten Umfang als psychologischer Vorgang v o r der Auslegung geschieht. Darüberhinaus ist eine Gefühlsjurisprudenz, wie sie etwa in der Rechtsprechung des RG hin und wieder offen in Erscheinung getreten ist [3], abzulehnen. Das richterliche Rechtsgefühl ist, auch wenn es wesentliche intellektuelle Momente enthält, zu subjektiv geprägt, um gedanklich nachvollziehbar und damit nachprüfbar zu sein. Es sollte daher in keinem Fall als normbildender Faktor zur Begründung von E n t s c h e i d u n g e n herangezogen werden. Erfolgt die Verwendung des Rechtsgefühls dagegen "verdeckt" - die Entscheidung wird rechtsgefühlsmäßig getroffen und erst dann nach außen juristisch begründet - so ist dagegen dann nichts einzuwenden, wenn die Gesetzesauslegung dennoch unvoreingenommen erfolgt. Die Begründung ist dann, wenn auch zunächst das Rechtsgefühl gesprochen hat, eine echte juristische Begründung. Insbesondere aus psychologischen Gründen werden sich solche rechtsgefühlsmäßigen Vorausentscheidungen auch nicht vermeiden lassen. Immerhin ist - das sei betont - die Gefahr von Scheinbegründungen dabei nicht gering.

---

1) AcP Bd.110, S.223.

2) Ähnlich auch RIEZLER aaO. S.178.

3) S. die bei RIEZLER aaO. S.182 ff. zusammengestellten Entscheidungen.

D. Um zum Schluß auf das Thema der Arbeit zurückzukommen: Gibt es eine besondere arbeitsrechtliche Auslegungsmethode ? Die Antwort auf diese Frage kann nur lauten: Nein. Auslegungsmethode ist Erkenntnismethode. Die Gesetzesauslegung erhält zwar durch die soziale Ordnungsfunktion des Rechts ihr Gepräge, ist aber dennoch als M e t h o d e präjuristisch. Der gedankliche Weg zur Erfassung des Sinnes einer Norm ist auf allen Rechtsgebieten gleich [1]. Wortlaut, Systematik, Entstehungsgeschichte des Gesetzes und Teleologik dienen überall gleichermaßen als Auslegungskriterien. Das schließt natürlich nicht aus, daß im Rahmen dieser einheitlichen Methode die einzelnen selbständigen Rechtsgebiete, zu denen auch das Arbeitsrecht zählt, eine besondere Behandlung erfordern [2]. Die Auslegungsmethode ist lediglich die Form, die sich mit unterschiedlichem materiellen Inhalt füllen läßt.

Die Besonderheiten bei der Auslegung arbeitsrechtlicher Normen treten hauptsächlich im Rahmen der systematischer und der teleologischen Auslegungsstation zutage, während die grammatische und die historische Auslegung von den Eigenarten dieses Rechtsgebiets im wesentlichen unbeeinflußt bleiben. - Besonderheiten ergeben sich bei der systematischen Auslegung dadurch, daß sich das Arbeitsrecht zu einem selbständigen Rechtsgebiet innerhalb des Zivilrechts entwickelt hat und seine Zusammenhänge nicht mehr nur am Schuldrecht des BGB zu messen sind. Die wichtigste systematische Veränderung ist darin zu sehen, daß sich das Arbeitsverhältnis vom schuld-

---

1) Im Strafrecht ist er allerdings durch das Analogieverbot und damit das Verbot der offenen Rechtsfortbildung überhaupt innerhalb des Besonderen Teils wesentlich verkürzt.

2) Das meint GAMILLSCHEG (Festschrift f. Molitor S.78/79) offensichtlich, wenn er davon spricht, "daß sich das Arbeitsrecht zu einem Rechtsgebiet mit eigenen Auslegungsregeln entwickelt hat".

rechtlichen Austauschverhältnis (Dienstmiete) zu einem personenbezogenen Dauerrechtsverhältnis besonderer Art entwickelt und das Arbeitsvertragsrecht sich aufgrund dieser Neuorientierung in verschiedenen Einzelfragen vom Dienstvertragsrecht des BGB gelöst hat. Dabei geht es in erster Linie um die vier Problemkreise Unmöglichkeit der Leistung, Modifizierung des Haftungsrahmens, die Behandlung der Betriebsnachfolge und um die Rechtsfragen bei Mängeln des Arbeitsvertrages [1]. Die befriedigende Erfassung dieser Probleme erfordert stets auch eine teleologische Interpretation. Die besonderen Zwecke des Arbeitsrechts, die neu in Erscheinung getretenen objektiv-teleologischen Kriterien sind es, die als juristisch faßbare Größen die Verselbständigung dieses Rechtsgebiets eigentlich erst herbeigeführt haben. Deshalb ist ihnen auch bei der Auslegung arbeitsrechtlicher Normen eine besondere Bedeutung beizumessen. Der Charakter des Arbeitsrechts als Arbeitnehmerschutzrecht, Fürsorge- und Treuepflicht und das Günstigkeitsprinzip sind nur einige der teleologischen Kriterien, die heute zum festen Bestand dieses Rechtsgebiets gehören.

Die Untersuchung des § 616 BGB führte zu dem Problem eines "Abschieds" vom BGB". Die Frage läßt sich, wie bereits oben auf S.86 angedeutet, nicht allgemein in dem einen oder anderen Sinne beantworten. Die Methodik der Gesetzesauslegung als Problemdenken verlangt von Fall zu Fall die Prüfung der alten BGB-Normen auf ihre Anwendbarkeit im Arbeitsvertragsrecht. Führt die Prüfung zu dem Ergebnis, daß die tatsächliche Struktur des Arbeitsverhältnisses eine Anwendung bestimmter BGB-Vorschriften unmöglich macht oder daß die außergesetzlichen teleologischen Kriterien des Arbeitsrechts

1) Vgl. MAYER-MALY in JZ 1961, S.205 Fußn.5.

normative Kraft erlangt haben, dann ist eine Abkehr von den jeweils in Betracht kommenden Bestimmungen des BGB möglich. Auf diese Weise haben sich für die vorstehend genannten Problemkreise sowie andere Teile des Arbeitsvertragsrechts ungeschriebene Normen gebildet und die vertragsrechtlichen Vorschriften des BGB insoweit verdrängt. Ein allgemeiner Abschied vom BGB ist jedoch, solange es kein besonderes Arbeitsvertragsgesetz gibt, nicht möglich.

Einen Ausschnitt aus den besonderen methodischen Problemen der Arbeitsrechtspraxis zu zeigen, zugleich aber auf die grundsätzliche Einheit der Rechtsfindungsmethode hinzuweisen, war das Ziel dieser Arbeit.

L e b e n s l a u f

Ich wurde am 17. Januar 1937 in Bremen als Sohn des Dipl.-Volkswirtes Karl Westermann und seiner Ehefrau Hildegard, geb. Nordmeyer, geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger. Nach dem Besuch der achtklassigen Grundschule in Gera/Thür. trat ich 1951 in die 9. Klasse der Oberschule an der Hamburger Straße in Bremen ein, an der ich am 16. Februar 1956 die Reifeprüfung ablegte. Im Sommersemester 1956 begann ich an der Universität Kiel mit dem Studium der Rechtswissenschaft, das ich an den Universitäten Marburg und Göttingen fortsetzte und am 8. August 1960 mit der ersten juristischen Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Celle abschloß. Seit dem 1. Januar 1961 befinde ich mich im juristischen Vorbereitungsdienst im Bezirk des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Bremen.